

II

(Meddelelser)

MEDDELELSER FRA DEN EUROPÆISKE UNIONS INSTITUTIONER OG
ORGANER

KOMMISSIONEN

**Kommissionens meddelelse om løsningsforslag, der kan accepteres i henhold til Rådets forordning
(EF) nr. 139/2004 og Kommissionens forordning (EF) nr. 802/2004**

(EØS-relevant tekst)

(2008/C 267/01)

I. INDLEDNING

1. I Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 af 20. januar 2004 om kontrol med fusioner og virksomheds-overtagelser ⁽¹⁾ (»fusionsforordningen«) fastsættes det udtrykkeligt i forordningens artikel 6, stk. 2, og artikel 8, stk. 2, at Kommissionen såvel før som efter at have indledt procedure kan beslutte at erklære en fusion forenelig med fællesmarkedet, efter at parterne har foretaget ændringer i den ⁽²⁾. Kommissionen kan i dette øjemed knytte betingelser og forpligtelser til sin beslutning for at sikre, at de deltagende virksomheder efterlever de tilsagn, de har afgivet over for Kommissionen for at gøre fusionen forenelig med fællesmarkedet ⁽³⁾.
2. Formålet med denne meddelelse er at vejlede om ændringer af fusioner, herunder især de tilsagn, som fusionsparter afgiver om at ændre en fusion. Sådanne ændringer betegnes almindeligvis »løsninger«, idet formålet med dem er at løse de konkurrenceproblemer ⁽⁴⁾, Kommissionen har påvist. Vejledningen i denne Meddelelse afspejler Kommissionens stadig større erfaringer med vurdering, accept og gennemførelse af løsningsforslag i henhold til fusionsforordningen siden dens ikrafttræden den 21. september 1990. Denne revision af Kommissionens meddelelse fra 2001 om tilsagn i fusionssager ⁽⁵⁾, skyldes, at en omarbejdet fusionsforordning, forordning (EF) nr. 139/2004 ⁽⁶⁾, og Kommissionens forordning (EF)

⁽¹⁾ EUT L 24 af 29.1.2004, s. 1-22.

⁽²⁾ Udtrykkene »parter« og »fusionsparter« dækker også situationer, hvor der kun er én anmeldende part.

⁽³⁾ Andet afsnit i henholdsvis artikel 6, stk. 2, og artikel 8, stk. 2. Se også 30. betragtning til fusionsforordningen, hvori det hedder, at »når de deltagende virksomheder ændrer en anmeldt fusion, i særdeleshed ved at afgive tilsagn med det formål at gøre fusionen forenelig med fællesmarkedet, bør Kommissionen kunne erklære den således ændrede fusion forenelig med fællesmarkedet. Sådanne tilsagn bør være afpasset efter konkurrenceproblemet og eliminere det i fuldt omfang«. I 30. betragtning anføres det videre, at »der bør også kunne accepteres tilsagn før procedures indledning, når konkurrenceproblemet er klart identificerbart og uden vanskelighed kan løses«.

⁽⁴⁾ Medmindre andet er angivet, bruges udtrykket »konkurrenceproblemer«, alt efter procedures stadium, i relation til »alvorlig tvivl« eller en foreløbig konstatering af, at fusionen må antages at kunne hæmme den effektive konkurrence betydeligt på fællesmarkedet eller en væsentlig del af det, især fordi den kan skabe eller styrke en dominerende stilling.

⁽⁵⁾ Meddelelse fra Kommissionen om løsninger, der er acceptable i henhold til Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 og Kommissionens forordning (EF) nr. 447/98 (EFT C 68 af 2.3.2001, s. 3).

⁽⁶⁾ Denne forordning erstattede Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 (EFT L 395 af 30.12.1989) (berigtiget i EFT L 257 af 21.9.1990, s. 13).

nr. 802/2004 (»gennemførelsesforordningen«) ⁽¹⁾ trådte i kraft den 1. maj 2004, og den bygger tillige på EF-Domstolens og Førsteinstansrettens retspraksis, de konklusioner, Kommissionen har draget af sin *ex post*-evaluering af hidtidige tilsagnssager ⁽²⁾ samt Kommissionens beslutningspraksis i tilsagnssager i de seneste år. De heri opstillede principper vil blive anvendt samt videreudviklet og forbedret af Kommissionen i de sager, den får til behandling. Vejledningen i denne meddelelse gives med forbehold af den fortolkning, som EU's Domstol eller Førsteinstansret måtte anlægge.

3. I denne meddelelse redegøres der for de generelle principper for, hvilke løsningsforslag Kommissionen vil kunne acceptere, de vigtigste typer tilsagn, som Kommissionen vil kunne acceptere i fusionssager, de specifikke krav, som forslag til tilsagn skal opfylde i begge procedurefaser, og de vigtigste krav, der gælder for tilsagnenes implementering. Kommissionen vil i alle tilfælde tage behørigt hensyn til de særlige forhold, der måtte gøre sig gældende i den konkrete sag.

II. GENERELLE PRINCIPPER

4. Ifølge fusionsforordningen vurderer Kommissionen en anmeldt fusions forenelighed med fællesmarkedet på baggrund af dens indvirkning på konkurrencestrukturen i Fællesskabet ⁽³⁾. Forenelighedskriteriet i fusionsforordningens artikel 2, stk. 2 og 3, er baseret på, om en fusion skaber eller styrker en dominerende stilling, som bevirker, at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt inden for fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf, især fordi den skaber eller styrker en dominerende stilling. En fusion, der betydeligt hæmmer den effektive konkurrence som beskrevet ovenfor, er uforenelig med fællesmarkedet, og Kommissionen skal nedlægge forbud mod den. Er der tale om oprettelse af et joint venture, vil Kommissionen også tage stilling hertil efter fusionsforordningens artikel 2, stk. 4. De principper, der opstilles i denne meddelelse, finder generelt også anvendelse på tilsagn, der afgives for at fjerne konkurrenceproblemer efter artikel 2, stk. 4.
5. Når en fusion giver anledning til konkurrenceproblemer, fordi den kan resultere i, at der skabes eller styrkes en dominerende stilling, kan parterne søge at ændre fusionen for at løse de konkurrenceproblemer, som Kommissionen har påvist, og derved få godkendt fusionen. Sådanne ændringer kan godt gennemføres forud for en godkendelsesbeslutning. Det er imidlertid mere almindeligt, at parterne afgiver tilsagn med henblik på at gøre fusionen forenelig med fællesmarkedet, og at disse tilsagn så opfyldes, efter at fusionen er blevet godkendt.
6. Efter fusionsforordningens regler er det Kommissionens opgave at påvise, at en fusion vil kunne hæmme konkurrencen betydeligt ⁽⁴⁾. Kommissionen meddeler parterne, hvilke konkurrenceproblemer den har påvist, for at sætte dem i stand til at formulere egnede forslag til løsninger af disse problemer ⁽⁵⁾. Det er derefter op til fusionsparterne at foreslå tilsagn — Kommissionen er ikke i stand til ensidigt at pålægge nogen betingelser for en godkendelsesbeslutning, det kan den kun gøre på grundlag af tilsagn fra parterne ⁽⁶⁾. Kommissionen vil underrette parterne om sin foreløbige vurdering

⁽¹⁾ Kommissionens forordning (EF) nr. 802/2004 af 7. april 2004 om gennemførelse af Rådets forordning (EF) nr. 139/2004 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EUT L 133 af 30.4.2004, s. 1). Denne forordning erstatter Kommissionens forordning (EF) nr. 447/98 om gennemførelse af Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser (EFT L 61 af 2.3.1998, s. 1).

⁽²⁾ GD COMP, Rapport om tilsagn i fusionssager, oktober 2005.

⁽³⁾ 6. betragtning i fusionsforordningen.

⁽⁴⁾ I første fase, før der fremsendes en klagepunktsmeddelelse, er der tale om, at Kommissionen rejser *alvorlig tvivl* om fusionens betydeligt konkurrencehæmmende virkning.

⁽⁵⁾ Fusionsforordningen indeholder regler om de formelle skridt, der skal tages for at underrette parterne om de af Kommissionen påviste konkurrenceproblemer (artikel 6, stk. 1, litra c)-beslutning, klagepunktsmeddelelse). Derudover vil parterne ifølge GD Konkurrences best practice-regler for behandling af fusionskontrolsager normalt få tilbudt statusmøder med Kommissionen i vigtige faser i sagsbehandlingen, hvor Kommissionen vil redegøre for sine betænkeligheder ved fusionen for at sætte parterne i stand til at fremsætte forslag om tilsagn.

⁽⁶⁾ Førsteinstansrettens dom i sag T-210/01, *General Electric mod Kommissionen*, Sml. 2005 II, s. 5575, præmis 52; se Førsteinstansrettens dom i sag T-87/05, *EDP mod Kommissionen*, Sml. 2005 II, s. 3745, præmis 105.

af deres forslag om tilsagn. Men hvis parterne ikke i rette tid foreslår tilsagn, der kan fjerne konkurrenceproblemerne, har Kommissionen ingen anden mulighed end at træffe en forbudsbeslutning ⁽¹⁾.

7. Kommissionen skal tage stilling til, om de foreslåede tilsagn, når de er opfyldt, vil fjerne de påviste konkurrenceproblemer. Det er kun parterne, der har alle de oplysninger, der er nødvendige for at vurdere dette, det gælder især med hensyn til spørgsmålet om, hvorvidt tilsagnene kan gennemføres, og om de aktiver, der foreslås afhændet, er rentable og konkurrencedygtige. Det er derfor parterne, der har ansvaret for at give alle de til rådighed værende oplysninger, der er nødvendige for, at Kommissionen kan tage stilling til tilsagnsforslaget. I dette øjemed pålægger gennemførelsesforordningen de anmeldende parter pligt til sammen med deres tilbud om tilsagn at fremsende detaljerede oplysninger om deres indhold, vilkårene for deres gennemførelse og dokumentation for, at de kan fjerne alle betydelige hindringer for den effektive konkurrence, således som det er beskrevet i bilaget til gennemførelsesforordningen (»RM-formularen«). Drejer tilsagnene sig om frasalg af en virksomhed eller et aktivitetsområde, skal parterne give en detaljeret beskrivelse af den nuværende drift af den virksomhed, der frasælges. Disse oplysninger skal sætte Kommissionen i stand til at vurdere den pågældende virksomheds rentabilitet, konkurrencedygtighed og salgbarhed ved at sammenligne dens aktuelle drift med det omfang, den vil få, når tilsagnene er implementeret. Kommissionen kan afpasse de nærmere oplysningskrav efter den konkrete sag og vil stå til rådighed for en drøftelse med parterne af, hvilke og hvor omfattende oplysninger der kræves, før parterne indsender RM-formularen.
8. Mens det er parterne, som skal foreslå tilsagn, der kan fjerne konkurrenceproblemerne, og give de oplysninger, der er nødvendige for at tage stilling til dem, er det Kommissionen, der skal afgøre, om en fusion med de ændringer, der følger af gyldigt afgivne tilsagn, må erklæres uforenelig med fællesmarkedet, fordi den til trods for de afgivne tilsagn vil lægge betydelige hindringer i vejen for den effektive konkurrence. Ved et forbud mod eller godkendelse af en fusion, som er blevet ændret ved afgivelse af tilsagn, er bevisbyrdekriterierne derfor de samme som ved fusioner, hvori der ikke foretages nogen ændringer ⁽²⁾.

Grundlæggende betingelser for acceptable tilsagn

9. Fusionsforordningen giver kun Kommissionen beføjelse til at acceptere tilsagn, der anses for at gøre fusionen forenelig med fællesmarkedet og forhindre, at fusionen kommer til at hæmme den effektive konkurrence betydeligt. Tilsagnene skal fuldstændigt fjerne konkurrenceproblemerne ⁽³⁾, og de skal i enhver henseende være komplette og effektive ⁽⁴⁾. Desuden skal tilsagnene kunne implementeres effektivt på kort tid, eftersom konkurrencen på markedet ikke vil blive bevaret, før tilsagnene er opfyldt.
10. Strukturelle tilsagn, især afhændelser, som tilbydes af parterne, vil kunne opfylde disse betingelser i det omfang, hvor Kommissionen med tilstrækkelig stor sikkerhed kan fastslå, at det vil være muligt at opfylde dem, og at de nye strukturer på markedet, som tilsagnene vil resultere i, er tilstrækkeligt levedygtige og holdbare til at sikre, at fusionen ikke kommer til at hæmme den effektive konkurrence betydeligt ⁽⁵⁾.
11. Den grad af sikkerhed omkring implementeringen af de tilbudte tilsagn, der må kræves, kan i særdeleshed blive påvirket af risici i relation til afhændelsen af den virksomhed, der skal frasælges, som f.eks. kan bero på, at parterne har stillet visse betingelser for afhændelsen, at tredjemand har rettigheder i denne virksomhed, at det kan være vanskeligt at finde en egnet køber, eller på, at der er risiko for, at

⁽¹⁾ Se beslutning af 3. juli 2001 i sag COMP/M.2220 — GE/Honeywell, stadfæstet ved Førsteinstansrettens dom i sag T-210/01, *General Electric mod Kommissionen*, Sml. 2005 II, s. 5575, præmis 555 ff. og 612 ff.; beslutning af 9. december 2004 i sag COMP/M.3440 — EDP/ENI/GDP, stadfæstet ved Førsteinstansrettens dom i sag T-87/05, *EDP mod Kommissionen*, Sml. 2005 II, s. 3745, præmis 63 ff. og 75 ff.; beslutning af 9. november 1994 i sag IV/M.469 — MSG/Media Service; beslutning af 19. juli 1995 i sag IV/M.490 — Nordic Satellite Distribution; beslutning af 20. september 1995 i sag IV/M.553 — RTL/Veronica/Endemol; beslutning af 27. maj 1998 i sag IV/M.993 — Bertelsmann/Kirch/Première; beslutning af 27. maj 1998 i sag IV/M.1027 — Deutsche Telekom BetaResearch; beslutning af 4. december 1996 i sag IV/M.774 — St Gobain/Wacker Chemie; beslutning af 2. oktober 1991 i sag IV/M.53 — Aerospatiale/Alenia/De Havilland; beslutning af 24. april 1996 i sag IV/M.619 — Gencor/Lonrho, stadfæstet ved Førsteinstansrettens dom i sag T-102/96, *Gencor mod Kommissionen*, Sml. 1999 II, s. 753.

⁽²⁾ Se Førsteinstansrettens dom i sag T-87/05, *EDP mod Kommissionen*, Sml. 2005 II, s. 3745, præmis 62 ff.

⁽³⁾ Se 30. betragtning i fusionsforordningen og Førsteinstansrettens dom i sag T-282/02, *Cementbouw mod Kommissionen*, Sml. 2006 II, s. 319, præmis 307.

⁽⁴⁾ Førsteinstansrettens dom i sag T-210/01, *General Electrics mod Kommissionen*, Sml. 2005 II, s. 5575, præmis 52; dom i sag T-87/05, *EDP mod Kommissionen*, Sml. 2005 II, s. 3745, præmis 105.

⁽⁵⁾ Førsteinstansrettens dom i sag T-210/01, *General Electric mod Kommissionen*, Sml. 2005 II, s. 5575, præmis 555 og 612.

aktivernes værdi vil blive forringet i tiden indtil afhændelsen har fundet sted. Det er op til parterne at eliminere en sådan usikkerhed omkring tilsagnets implementering, når de forelægger Kommissionen deres tilbud om tilsagn ⁽¹⁾.

12. Ved vurderingen af, om den anden betingelse er opfyldt, altså om det tilbudte tilsagn må antages at kunne løse de påviste konkurrenceproblemer, vil Kommissionen se på alle relevante faktorer i forbindelse med selve tilsagnet, bl.a. tilsagnets art og omfang i forhold til strukturen og de konkrete forhold på det marked, hvor konkurrenceproblemerne vil opstå, herunder parternes og andre aktørers position på dette marked.
13. En forudsætning for, at et tilsagn stemmer overens med disse principper, er, at der er en effektiv implementering og mulighed for at overvåge tilsagnenes opfyldelse ⁽²⁾. Mens der ved afhændelser ikke kræves nogen yderligere overvågning, så snart afhændelsen har fundet sted, er der andre typer tilsagn, der kræver effektive overvågningsmekanismer for at sikre, at virkningen af dem ikke mindskes eller sågar elimineres af parterne. I modsat fald ville sådanne tilsagn blot være at betragte som rene hensigtserklæringer fra parterne, og der ville ikke være tale om bindende tilsagn, for hvis der ikke findes effektive overvågningsmekanismer, kan enhver tilsidesættelse af dem ikke medføre en tilbagekaldelse af beslutningen efter fusionsforordningens regler ⁽³⁾.
14. Men hvis parterne foreslår tilsagn, der er så omfattende og komplekse, at Kommissionen ikke med den krævede grad af sikkerhed på det tidspunkt, hvor den skal træffe sin beslutning, er i stand til at fastslå, at de vil blive implementeret fuldt ud og vil kunne sikre bevarelsen af en effektiv konkurrence på markedet, vil den ikke kunne vedtage en godkendelsesbeslutning ⁽⁴⁾. Kommissionen vil især kunne afvise sådanne tilsagn, når deres implementering ikke kan overvåges effektivt, og mangelen på en effektiv overvågning mindsker eller ligefrem eliminerer de tilbudte tilsagns virkning.

Forskellige typer tilsagns egnethed

15. I overensstemmelse med Domstolens retspraksis har tilsagn til formål at sikre konkurrenceprægede markedsstrukturer ⁽⁵⁾. Det betyder, at tilsagn af strukturel karakter, såsom tilsagn om frasalg af en virksomhed, som hovedregel set ud fra fusionsforordningens perspektiv er at foretrække, eftersom sådanne tilsagn varigt kan forebygge de konkurrenceproblemer, som fusionen i den anmeldte version ville skabe, og desuden ikke kræver mellem- eller langsigtede overvågningsmekanismer. Det betyder dog ikke, at det automatisk kan udelukkes, at andre typer tilsagn også vil kunne forebygge, at den effektive konkurrence hæmmes betydeligt ⁽⁶⁾.
16. Kommissionen understreger, at spørgsmålet om, hvorvidt et tilsagn — og mere specifikt hvilken type tilsagn — er egnet til at fjerne de påviste konkurrenceproblemer, må vurderes fra sag til sag.
17. Der kan dog foretages en generel sondring mellem frasalg, andre strukturelle tilsagn, som f.eks. åbning for adgang til infrastrukturer på ikke-diskriminerende vilkår eller til input på ikke-diskriminerende vilkår, og tilsagn angående den fusionerede enheds fremtidige adfærd. Frasalg giver den bedste løsning på konkurrenceproblemer, der beror på horisontal overlapning, og kan også være den bedste måde at

⁽¹⁾ Alt efter hvilke risici der er tale om, kan der træffes konkrete foranstaltninger for at kompensere for dem. F.eks. vil der kunne kompenseres for en risiko, der beror på tredjemands rettigheder i relation til de aktiver, der frasælges, ved at foreslå en alternativ afhændelse. Sådanne foranstaltninger drøftes mere indgående nedenfor.

⁽²⁾ Førsteinstansrettens dom i sag T-177/04, *easyJet mod Kommissionen*, Sml. 2006 II, s. 1931, præmis 188.

⁽³⁾ Førsteinstansrettens dom i sag T-177/04, *easyJet mod Kommissionen*, Sml. 2006 II, s. 1931, præmis 186 ff.; Førsteinstansrettens dom i sag T-87/05, *EDP mod Kommissionen*, Sml. 2005 II, s. 3745, præmis 72.

⁽⁴⁾ Som eksempel på et sådant komplekst og uegnet tilsagn henvises til Kommissionens beslutning af 9. december 2004 i sag COMP/M.3440 — ENI/EDP/GDP, som blev stadfæstet af Førsteinstansretten ved dom i sag T-87/05, *EDP mod Kommissionen*, Sml. 2005 II, s. 3745, præmis 102; beslutning af 15. marts 2000 i sag COMP/M.1672 — Volvo/Scania.

⁽⁵⁾ Se 8. betragtning i fusionsforordningen, Førsteinstansrettens dom i sag T-102/96, *Gencor mod Kommissionen*, Sml. 1999 II, s. 753, præmis 316; Domstolens dom i sag C-12/03 P, *Kommissionen mod Tetra Laval*, Sml. 2005 I, s. 987, præmis 86; Førsteinstansrettens dom i sag T-158/00, *ARD mod Kommissionen*, Sml. 2003 II, s. 3825, præmis 192 ff.

⁽⁶⁾ Domstolens dom i sag C-12/03 P, *Kommissionen mod Tetra Laval*, Sml. 2005 I, s. 987, præmis 86; Førsteinstansrettens dom af 25. marts 1999 i sag T-102/96, *Gencor mod Kommissionen*, Sml. 1999 II, s. 753, præmis 319 ff.; Førsteinstansrettens dom af 30. september 2003 i sag T-158/00, *ARD mod Kommissionen*, Sml. 2003 II, s. 3825, præmis 193; Førsteinstansrettens dom i sag T-177/04, *easyJet mod Kommissionen*, Sml. 2006 II, s. 1931, præmis 182; Førsteinstansrettens dom i sag T-87/05, *EDP mod Kommissionen*, Sml. 2005 II, s. 3745, præmis 101.

løse problemerne på, når der er tale om vertikale problemer eller konglomeratrelaterede problemer ⁽¹⁾. Der findes andre typer strukturelle tilsagn, der vil være egnet til at løse alle problemerne, hvis de har samme virkninger som frasalg, således som det beskrives mere indgående under punkt 61 ff. Tilsagn angående den fusionerede enheds fremtidige adfærd vil kun undtagelsesvis kunne accepteres under ganske særlige omstændigheder ⁽²⁾. I særdeleshed vil tilsagn om ikke at hæve priserne, om at indskrænke produktudbuddet eller fjerne varemærker osv. normalt ikke fjerne konkurrenceproblemer, der beror på horisontal overlappning. Under alle omstændigheder vil den type tilsagn kun undtagelsesvis kunne accepteres, hvis der er sikkerhed for en effektiv implementering og overvågning i overensstemmelse med, hvad der er anført under punkt 13-14, 66 og 69, og hvis der ikke er nogen risiko for konkurrencefordrejende virkninger ⁽³⁾.

Procedure

18. Kommissionen kan acceptere tilsagn i begge faser af proceduren ⁽⁴⁾. Men eftersom der først foretages en tilbundsående markedsundersøgelse i fase II, skal tilsagn, der afgives over for Kommissionen i fase I, være tilstrækkelige til klart at fjerne den »alvorlige tvivl«, der er omhandlet i artikel 6, stk. 1, litra c), i fusionsforordningen ⁽⁵⁾. I henhold til artikel 10, stk. 2, i fusionsforordningen skal Kommissionen vedtage en godkendelsesbeslutning, så snart den alvorlige tvivl, der er konstateret i beslutningen efter fusionsforordningens artikel 6, stk. 1, litra c), er fjernet som følge af de tilsagn, parterne har afgivet. Denne regel gælder for tilsagn afgivet i fase II-sager, før Kommissionen har udsendt en klagepunktsmeddelelse ⁽⁶⁾. Hvis Kommissionen drager den foreløbige konklusion, at fusionen vil føre til, at den effektive konkurrence hæmmes, og derfor udsender en klagepunktsmeddelelse, skal tilsagnene være tilstrækkelige til at fjerne den betydelige hindring for den effektive konkurrence.
19. Mens det er parterne, der skal foreslå tilsagnene, er det Kommissionen, der skal sikre, at de kan håndhæves, ved at gøre sin godkendelse betinget af, at tilsagnene efterleves. Der må sondres mellem betingelser og forpligtelser. Kravet om gennemførelse af strukturændringen på markedet — f.eks. frasalg af en virksomhed — er en betingelse. De skridt, der må tages for at opnå dette resultat, udgør normalt forpligtelser for parterne, f.eks. en forpligtelse til at udpege en trustee med uigenkaldelig fuldmagt til at afhænde den pågældende virksomhed.
20. Hvis de deltagende virksomheder tilsidesætter en forpligtelse, kan Kommissionen i medfør af fusionsforordningens artikel 6, stk. 3, eller artikel 8, stk. 6, tilbagekalde godkendelsesbeslutninger vedtaget efter henholdsvis artikel 6, stk. 2, eller artikel 8, stk. 2. I tilfælde af tilsidesættelse af en forpligtelse kan parterne også få pålagt bøder og tvangsbøder, jf. henholdsvis fusionsforordningens artikel 14, stk. 2, litra d), og artikel 15, stk. 1, litra c). Men hvis det er en betingelse, der tilsidesættes, f.eks. hvis et frasalg ikke sker inden for den frist, der er fastlagt i tilsagnene, eller hvis den frasolgte virksomhed bagefter genovertages, gælder godkendelsesbeslutningen ikke længere. Under sådanne omstændigheder kan Kommissionen i henhold til fusionsforordningens artikel 8, stk. 5, litra b), for det første træffe foreløbige foranstaltninger til at genoprette eller bevare den effektive konkurrence. For det andet kan den, hvis betingelserne i artikel 8, stk. 4, litra b), er opfyldt, påbyde enhver anden hensigtsmæssig foranstaltning for at sikre, at parterne opløser fusionen eller iværksætter andre genoprettelsesforanstaltninger, eller den kan i henhold til artikel 8, stk. 7, træffe en beslutning efter artikel 8, stk. 1, 2 eller 3. Også her vil parterne kunne få pålagt bøder jf. artikel 14, stk. 2, litra d).

⁽¹⁾ Se eksempel på afhændelse af lagerfaciliteter i beslutning af 14. marts 2006 i sag COMP/M.3868 — DONG/Elsam/Energi E2, nr. 170 ff.; eksempel på opløsning af krydsejerskab for at eliminere strukturforbindelserne mellem parterne i gassektoren i beslutning af 21. december 2005 i sag COMP/M.3696 — E.ON/MOL, nr. 735 ff.; endvidere beslutning af 11. december 2006 i sag COMP/M.4314 — Johnson & Johnson/Pfizer, og beslutning af 20. februar 2007 i sag COMP/M.4494 — Evraz/Highveld.

⁽²⁾ Se med hensyn til en fusions konglomeratvirkninger Domstolens dom af 15. februar 2005 i sag C-12/03 P, *Kommissionen mod Tetra Laval*, Sml. 2005 I, s. 987, præmis 85 og 89.

⁽³⁾ Det kan f.eks. være tilfældet med tilsagn om at følge en bestemt prisadfærd med f.eks. prislofter, der indebærer en risiko for en konkurrenceskadelig pristilpasning mellem konkurrenter.

⁽⁴⁾ Som anført i 30. betragtning i fusionsforordningen, vil Kommissionen i begge procedurefaser sikre gennemsigtighed og effektiv høring af medlemsstaterne.

⁽⁵⁾ I fase I kan tilsagn kun accepteres i visse typer af situationer, se nedenfor punkt 81.

⁽⁶⁾ Se bl.a. beslutning af 23. juli 2003 i sag COMP/M.2972 — DSM/Roche Vitamins; beslutning af 30. april 2003 i sag COMP/M.2861 — Siemens/Drägerwerk/JV; beslutning af 30. marts 1999 i sag IV/JV.15 — BT/AT & T; beslutning af 29. september 1999 i sag IV/M.1532 — BP Amoco/Arco.

Standardtekster til tilsagn om frasalg

21. Kommissionens tjenestegrene har opstillet best practice-retningslinjer for tilsagn om frasalg i form af en standardtekst til afhændelsestilsagn og en standardtekst for trustee-fuldmagter ⁽¹⁾. Disse standardtekster tager ikke sigte på udtømmende at dække alle de spørgsmål, der kan blive relevante i alle sager, og de er heller ikke juridisk bindende for parterne. De er et supplement til denne meddelelse og indeholder en række typiske formuleringer af afhændelsestilsagn i et format, som parterne vil kunne benytte. Samtidig rummer de den smidighed, der skal til for at kunne tilpasse dem til de forhold, der gør sig gældende i den konkrete sag.

III. FORSKELLIGE TYPER TILSAGN**1. Afhændelse af en virksomhed til en egnet køber**

22. Hvis en planlagt fusion truer med at hæmme den effektive konkurrence betydeligt, vil den mest effektive måde at bevare den effektive konkurrence på — bortset fra et forbud mod fusionen — være at få skabt de rette betingelser for, at der opstår en ny konkurrencedygtig enhed eller at de eksisterende konkurrenter styrkes, ved at fusionsparterne afhænder nogle af deres aktiviteter.

1.1. Afhændelse af en rentabel og konkurrencedygtig virksomhed

23. De aktiviteter, der frasælges, må bestå af en rentabel virksomhed, som hvis den overtages og drives af en egnet køber kan konkurrere effektivt med den fusionerede enhed på et varigt grundlag, og som afhændes som en *going concern* ⁽²⁾. For at der kan være tale om rentable aktiviteter, vil det måske også være nødvendigt at afhænde aktiviteter på markeder, hvor Kommissionen ikke har påvist nogen konkurrenceproblemer, hvis det er nødvendigt, for at der kan opstå en effektiv konkurrent på disse markeder ⁽³⁾.
24. Når parterne foreslår en rentabel virksomhed afhændet, skal de tage hensyn til den usikkerhed og risiko, der er forbundet med overdragelsen af en virksomhed til en ny ejer. Denne risiko kan begrænse den afhændede virksomheds konkurrencedygtighed og kan derfor medføre en markedssituation, hvor de påviste konkurrenceproblemer ikke nødvendigvis er ryddet af vejen.

Omfanget af den virksomhed, der frasælges

25. Den virksomhed, der frasælges, skal omfatte alle de aktiver, der bruges til dens daglige drift eller er nødvendige for at sikre dens rentabilitet og konkurrencedygtighed, samt alle dens nuværende medarbejdere eller alt det personale, der er nødvendigt for at sikre virksomhedens rentabilitet og konkurrencedygtighed ⁽⁴⁾.
26. Afhændelsestilsagnet må også omfatte personale og aktiver, som aktuelt er fælles for den virksomhed, der frasælges, og parternes andre virksomheder, men som bidrager til driften af den frasolgte virksomhed eller er nødvendige for at sikre dens rentabilitet og konkurrencedygtighed. Ellers ville den frasolgte virksomheds rentabilitet og konkurrencedygtighed blive bragt i fare. Den virksomhed, der frasælges, skal derfor omfatte de medarbejdere, der udfører væsentlige funktioner for den, f.eks. F&U-medarbejdere og it-medarbejdere, også selv om de aktuelt er ansat i andre af parternes virksomheder, i det mindste i det omfang, hvor det er nødvendigt for at opfylde den frasolgte virksomheds løbende behov. På samme måde skal frasalgstilsagnet også omfatte aktiver, der deles med andre virksomheder, også selv om de ejes af eller benyttes af andre virksomheder.

⁽¹⁾ Disse tekster har siden maj 2003 kunnet findes på GD COMP's hjemmeside, på adressen: <http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/legislation.html>. Standardteksterne vil blive opdateret løbende, og der vil blive opstillet yderligere best practice-retningslinjer om tilsagn, hvis det viser sig nødvendigt.

⁽²⁾ Der kan under visse omstændigheder være tale om udskillelse af aktiviteter fra en af parternes virksomhed eller individuelle aktiver, se nedenfor under punkt 35 ff.

⁽³⁾ Beslutning af 18. november 1997 i sag IV/M.913 — Siemens/Elektrowatt; beslutning af 1. december 1999 i sag IV/M.1578 — Sanitec/Sphinx, nr. 255; beslutning af 8. marts 2000 i sag COMP/M.1802 — Unilever/Amora-Maille; beslutning af 28. september 2000 i sag COMP/M.1990 — Unilever/Bestfoods.

⁽⁴⁾ De anmeldende parter vil skulle afgive tilsagn om, at den virksomhed, der frasælges, omfatter alle disse aktiver og medarbejdere. Hvis omfanget af virksomheden, som parterne skal beskrive ifølge punkt 27, senere viser sig at være utilstrækkeligt, og parterne ikke tilfører den yderligere aktiver eller medarbejdere, vil Kommissionen kunne tilbagekalde sin betingede godkendelsesbeslutning.

27. For at give Kommissionen et helt klart billede af, hvad den frasolgte virksomhed omfatter, skal parterne i deres tilsagn give en klar definition af den virksomhed, der foreslås afhændet (»beskrivelse af virksomheden eller aktivitetsområdet«). Denne beskrivelse skal tilpasses efter de konkrete omstændigheder og indeholde alle de elementer, der indgår i den virksomhed, der frasælges: materielle aktiver (F&U, produktion, distribution, salg og markedsføring) og immaterielle aktiver (såsom intellektuelle ejendomsrettigheder, knowhow og goodwill), licenser, tilladelser og godkendelser fra statslige instanser; kontrakter, lejemål og forpligtelser (f.eks. leverandør- og kundekontrakter) tilhørende den virksomhed, der frasælges, samt kundekartoteker, tilgodehavender osv. I deres beskrivelse af den virksomhed, der frasælges, skal parterne også give en generel redegørelse for, hvilke medarbejdere der følger med, herunder udstationeret personale og midlertidigt ansatte, og opstille en liste over nøglemedarbejdere, dvs. de medarbejdere, der har afgørende betydning for virksomhedens rentabilitet og konkurrencedygtighed. Overførslen af disse medarbejdere skal ske uden tilsidesættelse af Rådets direktiv om kollektive afskedigelser ⁽¹⁾, Rådets direktiv om sikring af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsler ⁽²⁾ og Rådets direktiv om information og høring af arbejdstagerne ⁽³⁾ samt nationale bestemmelser til gennemførelse af disse direktiver og andre nationale love. I deres tilsagn skal parterne forpligte sig til at afstå fra at søge at hverve sådanne nøglemedarbejdere til sig selv.
28. I deres beskrivelse af den virksomhed, der skal frasælges, skal parterne også redegøre for aftaler om leverancer eller tjenesteydelser mellem dem og den frasolgte virksomhed. Det kan være nødvendigt, at sådanne relationer til denne virksomhed bevares i en overgangsperiode for at sikre dens fulde rentabilitet og konkurrencedygtighed. Kommissionen vil kun acceptere sådanne ordninger, hvis de ikke påvirker denne virksomheds uafhængighed fra parterne.
29. For at undgå enhver misforståelse om den virksomhed, der skal frasælges, skal parterne udtrykkeligt formulere deres tilsagn på en sådan måde, at det fremgår, at tilsagnet ikke omfatter aktiver eller medarbejdere, der benyttes af eller arbejder i den frasolgte virksomhed, men som ifølge parterne ikke skal følge med virksomheden. Kommissionen vil kun kunne acceptere dette, hvis parterne kan godtgøre, at det ikke påvirker virksomhedens rentabilitet eller konkurrencedygtighed.
30. Den virksomhed, der afhændes, skal være rentabel som sådan. I sin vurdering af tilsagnet tager Kommissionen derfor ikke hensyn til de ressourcer, en eventuel eller formodet fremtidig køber vil kunne tilføre den. Det forholder sig anderledes, hvis der allerede under proceduren indgås en købsaftale med en konkret køber, hvis ressourcer vil kunne tages med i betragtning ved vurderingen af tilsagnet. Denne situation beskrives mere indgående nedenfor under punkt 56 ff.
31. Når først der efter en godkendelsesbeslutning er fundet en køber, kan det vise sig, at denne ikke har brug for nogle af de aktiver eller medarbejdere, der indgik i den frasolgte virksomhed. I forbindelse med sin godkendelse af køberen vil Kommissionen efter anmodning fra parterne kunne godkende, at virksomheden sælges til den foreslåede køber uden et eller flere af disse aktiver eller uden en eller flere af disse medarbejdere, hvis det under hensyn til den foreslåede købers ressourcer ikke påvirker den frasolgte virksomheds rentabilitet og konkurrencedygtighed efter afhændelsen.

1.2. *Selvstændig virksomhed og betingelser for accept af alternativer*

32. En rentabel virksomhed er normalt en virksomhed, der efter overgangsperioden kan fungere selvstændigt, altså uafhængigt af fusionsparterne, hvad angår forsyninger af inputmaterialer eller andre former for samarbejde.

⁽¹⁾ Rådets direktiv 98/59/EF af 20. juli 1998 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger vedrørende kollektive afskedigelser (EFT L 225 af 12.8.1998, s. 16).

⁽²⁾ Rådets direktiv 2001/23/EF af 12. marts 2001 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder eller bedrifter eller dele af virksomheder eller bedrifter (EFT L 82 af 22.3.2001, s. 16).

⁽³⁾ Rådets direktiv 94/45/EF af 22. september 1994 om indførelse af europæiske samarbejdsudvalg eller en procedure i fællesskabsvirksomheder og fællesskabskoncerner med henblik på at informere og høre arbejdstagerne (EFT L 254 af 30.9.1994, s. 64); Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2002/14/EF af 11. marts 2002 om indførelse af en generel ramme for information og høring af arbejdstagerne i Det Europæiske Fællesskab (EFT L 80 af 23.3.2002, s. 29).

33. Kommissionen foretrækker klart, at den virksomhed, der frasælges, er en eksisterende selvstændig virksomhed. Der kan være tale om en allerede eksisterende virksomhed eller koncern eller en division, der ikke tidligere havde selvstændig juridisk status.
34. Hvis konkurrenceproblemerne beror på horisontal overlapning, vil parterne måske være i stand til at vælge mellem to virksomheder. Er der tale om en fjendtlig overtagelse, vil et tilsagn om afhændelse af nogle af målvirksomhedens aktiviteter i en situation, hvor de anmeldende parter kun har begrænset kendskab til de aktiviteter, der tilbydes afhændet, kunne øge risikoen for, at afhændelsen af denne virksomhed ikke vil resultere i, at der opstår en rentabel konkurrent, der kan konkurrere effektivt på markedet på et varigt grundlag. I sådanne situationer kan det være bedre, at parterne tilbyder at afhænde nogle af den overtagende virksomheds aktiviteter.

Udskillelse af aktiviteter

35. Selv om det normalt kræves, at det er en eksisterende, rentabel og selvstændig virksomhed, der afhændes, vil Kommissionen under hensyn til proportionalitetsprincippet også kunne stille sig positivt over for frasalg af aktiviteter, der har eksisterende stærke forbindelser til eller er delvis integreret i aktiviteter, som parterne bevarer, og som derfor må »udskilles« fra disse. For at minimere risikoen for, at det kan gå ud over de frasolgte aktiviteters rentabilitet og konkurrencedygtighed, vil parternes tilsagn også kunne gå ud på at udskille de dele af et eksisterende aktivitetsområde, som ikke nødvendigvis behøver at blive frasolgt. I så fald bliver der tale om frasalg af en eksisterende, selvstændig virksomhed, selv om parterne via en »omvendt udskillelse« udskiller begrænsede dele, som de selv beholder.
36. Under alle omstændigheder vil Kommissionen kun være i stand til at acceptere tilsagn, som indebærer udskillelse af aktiviteter, hvis det i det mindste på det tidspunkt, hvor afhændelsen finder sted, med sikkerhed kan fastslås, at der er tale om afhændelse af en rentabel virksomhed, der kan fungere selvstændigt, således at risikoen for, at det vil gå ud over rentabiliteten og konkurrencedygtigheden, dermed minimeres. Parterne vil derfor som nærmere beskrevet nedenfor under punkt 113 skulle sikre, at udskillelsen påbegyndes i overgangsperioden, dvs. i tiden mellem Kommissionens vedtagelse af sin beslutning og indtil afhændelsen har fundet sted (og virksomheden juridisk og reelt er overdraget til køberen). Dermed vil der ved udløbet af denne overgangsperiode være tale om afhændelse af en rentabel virksomhed, der fungerer selvstændigt. Hvis dette ikke er muligt, eller hvis der er særlige vanskeligheder forbundet med udskillelsen, vil parterne kunne give Kommissionen den fornødne sikkerhed ved at foreslå en løsning med en såkaldt »up-front«-køber, således som det beskrives mere indgående under punkt 55.

Afhændelse af aktiver, især varemærker og licenser

37. Er der tale om afhændelse af en kombination af visse aktiver, der ikke tidligere har udgjort et samlet, rentabelt aktivitetsområde, vil der være risiko for, at afhændelsen ikke resulterer i en rentabel og konkurrencedygtig virksomhed. Det gælder især, hvis der er tale om en række aktiver, der hidtil har tilhørt mere end én af parterne. En sådan afhændelse vil kun kunne accepteres af Kommissionen, hvis de enkelte aktiver allerede kan anses for at udgøre en rentabel og konkurrencedygtig virksomhed ⁽¹⁾. På samme måde er det kun i ekstraordinære tilfælde, at en afhændelsespakke bestående udelukkende af varemærker og dertil knyttede produktions- og/eller distributionsaktiver vil være tilstrækkelig til at sikre en effektiv konkurrence ⁽²⁾. Under sådanne omstændigheder må denne pakke bestående af varemærker og aktiver være tilstrækkeligt omfattende til, at Kommissionen kan drage den konklusion, at de afhændede aktiviteter omgående vil være rentable i hænderne på en egnet køber.
38. Afhændelse af en virksomhed vil normalt blive foretrukket frem for meddelelse af licenser på intellektuelle ejendomsrettigheder, eftersom licensering er forbundet med flere usikkerhedsmomenter, ikke vil sætte licenstageren i stand til omgående at tage konkurrencen op på markedet, kræver løbende relationer til parterne, hvilket kan give licensgiveren indflydelse på licenstagernes konkurrenceadfærd, og

⁽¹⁾ Beslutning af 26. juli 2000 i sag COMP/M.1806 — AstraZeneca/Novartis; beslutning af 9. februar 2000 i sag COMP/M.1628 — TotalFina/Elf; beslutning af 14. november 1995 i sag IV/M.603 — Crown Cork & Seal/CarnaudMetalbox.

⁽²⁾ Beslutning af 15. februar 2002 i sag COMP/M.2544 — Masterfoods/Royal Canin; beslutning af 27. juli 2001 i sag COMP/M.2337 — Nestlé/Ralston Purina; beslutning af 16. januar 1996 i sag IV/M.623 — Kimberly-Clark/Scott Paper; beslutning af 24. juni 2005 i sag COMP/M.3779 — Pernod Ricard/Allied Domecq.

kan give anledning til tvister mellem licensgiver og licenstagere om licensens omfang og vilkår. Licenser vil derfor normalt ikke blive betragtet som en egnet løsning, hvis en afhændelse forekommer at være en mulighed. Hvis konkurrenceproblemerne beror på den position, denne teknologi eller disse intellektuelle ejendomsrettigheder giver på markedet, vil en afhændelse af denne teknologi eller disse rettigheder være den foretrukne løsning, fordi den forhindrer en varig forbindelse mellem den fusionerede enhed og dens konkurrenter ⁽¹⁾. Kommissionen vil dog kunne acceptere licensaftaler som et alternativ til afhændelser, når en afhændelse f.eks. ville lægge hindringer i vejen for en effektiv videreførelse af forskningsarbejde, eller hvis en afhændelse vil være umulig på grund af den pågældende virksomheds karakter ⁽²⁾. Sådanne licenser må sætte licenstageren i stand til at konkurrere effektivt med parterne på samme måde, som hvis der havde været tale om en afhændelse. Disse licenser vil normalt skulle være eksklusive og ikke indebære nogen begrænsninger med hensyn til anvendelsesformål og geografisk rækkevidde. Hvis der er nogen usikkerhed omkring licensens omfang eller vilkår, vil parterne være nødt til at afhænde de underliggende intellektuelle ejendomsrettigheder, men med mulighed for til gengæld selv at få en licens på denne. Hvis der er nogen usikkerhed om, hvorvidt det rent faktisk er en egnet licenstagere, der får licensen, vil parterne allerede i tilsagnet kunne foreslå en »up-front«-licenstagere eller en *fix-it-first*-løsning som beskrevet nedenfor under punkt 56, for at give Kommissionen tilstrækkelig sikkerhed for, at tilsagnet vil blive opfyldt ⁽³⁾.

Tidsbegrænsede varemærkelicenser (rebranding)

39. I ekstraordinære tilfælde har Kommissionen accepteret tilsagn, der gik ud på at meddele en eksklusiv, tidsbegrænset licens på et varemærke med det formål at sætte licenstageren i stand til at udvikle sit eget varemærke for produktet — *rebrande* det — inden for den fastlagte periode. Efter den første licensfase i denne type tilsagn forpligter parterne sig i anden fase til at afstå fra enhver brug af varemærket (blackout-fasen). Formålet med sådanne tilsagn er at sætte licenstageren i stand til at få kunderne til at skifte fra det licenserede varemærke og over til hans eget varemærke, således at der opstår en rentabel konkurrent, uden at det licenserede varemærke afhændes permanent.
40. Denne type tilsagn er forbundet med langt større risiko for, at det ikke lykkes at få genoprettet den effektive konkurrence, end hvor der er tale om afhændelser, herunder afhændelse af et varemærke, eftersom der er betydelig usikkerhed om, hvorvidt det vil lykkes licenstageren at få sig etableret som en aktiv konkurrent på markedet med det rebrandede produkt. *Rebranding*-tilsagn kan være acceptable under omstændigheder, hvor der er tale om et meget udbredt varemærke, og hvor en stor del af omsætningen genereres på andre markeder end dem, hvorpå der er blevet påvist konkurrenceproblemer ⁽⁴⁾. I sådanne situationer må et tilsagn om rebranding defineres på en sådan måde, at der er garanti for, at varemærkelicensen vil sikre en effektiv konkurrence på markedet på et varigt grundlag, og at licenstageren vil være en effektiv konkurrent efter rebrandingen af produkterne.
41. Eftersom det licenserede varemærkes rentabilitet har afgørende betydning for, om tilsagn om *rebranding* vil være en egnet løsning, er der flere forudsætninger, der må være opfyldt ved sådanne tilsagn. For det første må det varemærke, der overføres, være velkendt og stærkt nok til at give garanti såvel for det licenserede varemærkes umiddelbare rentabilitet som for dets overlevelse i *rebranding*-perioden. For det andet kan der være behov for en del af de aktiver, der anvendes til produktion eller distribution af de produkter, der markedsføres under det licenserede varemærke, eller overførsel af knowhow for at sikre, at tilsagnet kommer til at virke effektivt ⁽⁵⁾. For det tredje må licensen være eksklusiv og normalt ubegrænset, dvs. ikke begrænset til et bestemt produktsortiment på et bestemt marked, og også

⁽¹⁾ Se beslutning af 23. juli 2003 i sag COMP/M.2972 — DSM/Roche Vitamins; beslutning af 9. august 1999 i sag IV/M.1378 — Hoechst/Rhône-Poulenc; beslutning af 1. december 1999 i sag COMP/M.1601 — Allied Signal/Honeywell; beslutning af 3. maj 2000 i sag COMP/M.1671 — Dow/UCC.

⁽²⁾ Beslutning af 30. oktober 2002 i sag COMP/M.2949 — Finmeccanica/Alenia Telespazio; beslutning af 11. april 2005 i sag COMP/M.3593 — Apollo/Bakelite, hvor der var tale om en licens inden for varmebestandige kulstofforbindelser; med hensyn til sager fra medicinalindustrien henvises til beslutning af 23. juli 2003 i sag COMP/M.2972 — DSM/Roche Vitamins og beslutning af 28. februar 1995 i sag IV/M.555 — Glaxo/Wellcome.

⁽³⁾ Beslutning af 23. juli 2003 i sag COMP/M.2972 — DSM/Roche Vitamins.

⁽⁴⁾ Selv under disse omstændigheder kan en afhændelse af varemærket være en bedre løsning, især hvis denne opsplnitning af ejendomsretten til varemærket stemmer overens med almindelig praksis i branchen, se f.eks. beslutning af 19. november 2004 i sag COMP/M.3544 — Bayer Healthcare/Roche (OTC), der drejede sig om medicinalindustrien, nr. 59 angående afhændelse af varemærket Desenex.

⁽⁵⁾ Se beslutning i sag COMP/M.3149 — Procter & Gamble/Wella, nr. 60; beslutning af 16. januar 1996 i sag IV/M.623 — Kimberly-Clark/Scott Paper, nr. 236 i). Det har særlig stor betydning i den licensfase, hvor licenstageren forbereder sin lancering af et nyt, konkurrencedygtigt varemærke. En sådan lancering af et nyt varemærke forekommer ikke at være mulig, hvis køberen er nødt til at bruge betydelige ressourcer på produktion, markedsføring og distribution af det licenserede mærke; beslutning af 27. juli 2001 i sag COMP/M.2337 — Nestlé/Ralston Purina, nr. 67 ff.; beslutning af 8. januar 2002 i sag COMP/M.2621 — SEB/Moulinex, nr. 140.

omfatte de intellektuelle ejendomsrettigheder, således at kunderne kan genkende det rebrandede produkt. Parterne må ikke kunne benytte samme formuleringer eller symboler, da det kunne underminere *rebrandingen* ⁽¹⁾. For det fjerde må både licensperioden og *blackout*-perioden være tilstrækkeligt lange, under hensyn til de særlige forhold i den konkrete sag, således at denne *rebranding* kan få virkninger svarende til virkningerne af en afhændelse ⁽²⁾.

42. Hvem licenstagere er, vil have afgørende betydning for, om tilsagnet kommer til at virke. Hvis det er uvist, om der findes egnede licenstagere, der vil være i stand til og have et stærkt incitament til at foretage denne *rebranding*, kunne parterne overveje at foreslå en *up-front*-eller en *fix-it-first*-løsning på linje med, hvad der anføres under punkt 53 nedenfor.

1.3. Klausul om ikke-genovertagelse

43. For at bevare de strukturelle virkninger af et tilsagn skal tilsagnet indeholde en klausul om, at den fusionerede enhed ikke sidenhen kan erhverve indflydelse ⁽³⁾ over hele eller dele af den afhændede virksomhed. Tilsagn skal normalt indeholde en klausul om, at der i en vis periode, normalt 10 år, ikke er mulighed for at generhverve væsentlig indflydelse. Tilsagnet kan dog også være formuleret på en sådan måde, at Kommissionen vil kunne løse parterne fra denne forpligtelse, hvis den sidenhen finder, at markedsstrukturen har ændret sig på en sådan måde, at fusionens forenelighed med fællesmarkedet ikke længere forudsætter en sådan mangel på indflydelse. Selv uden en udtrykkelig klausul herom vil en generhvervelse af virksomheden være i strid med den implicite forpligtelse, tilsagnet pålægger parterne, eftersom det ville underminere dets virkning.

1.4. Alternative afhændelsestilsagn: Kronjuveler

44. I nogle tilfælde kan der være usikkerhed om, hvorvidt parternes foretrukne afhændelsesløsning (afhændelse af en rentabel virksomhed, der kan løse konkurrenceproblemerne) vil kunne gennemføres, hvilket f.eks. kan hænge sammen med, at tredjemand har en forkøbsret, eller at der er uvished om, hvorvidt vigtige kontrakter kan overføres, om intellektuelle ejendomsrettigheder eller om, hvorvidt det vil lykkes at finde en egnet køber. Parterne mener måske ikke desto mindre, at de vil være i stand til at afhænde den pågældende virksomhed til en egnet køber inden for en kort frist.
45. I sådanne situationer kan Kommissionen ikke løbe risikoen for, at den effektive konkurrence i sidste ende ikke vil blive bevaret. Kommissionen vil derfor kun acceptere sådanne afhændelsestilsagn på følgende betingelser: a) uden denne usikkerhed ville den første afhændelsesløsning, der tilbydes i tilsagnet, bestå i afhændelse af en rentabel virksomhed, og b) parterne vil skulle foreslå et andet afhændelsesalternativ, som de forpligter sig til at gennemføre, hvis de ikke er i stand til at opfylde det første tilsagn inden for en bestemt frist for den første afhændelse ⁽⁴⁾. Et sådant alternativt tilsagn vil normalt skulle være en »kronjuvel« ⁽⁵⁾, dvs. at det skal være mindst lige så godt som den først foreslåede afhændelse og skabe lige så stor sikkerhed for, at der opstår en rentabel konkurrent på markedet, der må ikke være nogen usikkerhed om dets gennemførelse, og det skal kunne gennemføres hurtigt, således at det undgås, at den samlede gennemførelsesperiode kommer til at overstige, hvad der normalt vil blive anset for at være acceptabelt under de aktuelle forhold på det pågældende marked. For at begrænse risiciene i overgangsperioden er det absolut nødvendigt, at der for begge afhændelsesalternativer skabes sikkerhed for alle aktiverens rentabilitet i overgangsperioden og sikkerhed for adskilt drift. Desuden skal tilsagnet også indeholde klare kriterier og faste frister for, hvordan og hvornår den alternative afhændelsesforpligtelse udløses, og Kommissionen vil stille krav om kortere gennemførelsesperiode.

⁽¹⁾ Beslutning af 30. juli 2003 i sag COMP/M.3149 — Procter & Gamble/Wella, nr. 61; beslutning af 27. juli 2001 i sag COMP/M.2337 — Nestlé/Ralstone Purina, nr. 68; beslutning af 8. januar 2002 i sag COMP/M.2621 — SEB/Moulinex, nr. 141; beslutning af 16. januar 1996 i sag IV/M.623 — Kimberly-Clark/Scott Paper, nr. 236 ii).

⁽²⁾ F.eks. på grundlag af produktets livscyklus, se beslutning af 8. januar 2002 i sag COMP/M.2621 — SEB/Moulinex, nr. 141, hvor tilsagnene faktisk dækkede en periode svarende til tre gange produktets livscyklus, stadfæstet af Førsteinstansretten i sag T-119/02, *Royal Philips Electronics NV mod Kommissionen*, Sml. 2003 II, s. 1433, præmis 112 ff.

⁽³⁾ Der kan være tale om, at den tidligere ejer har indflydelse på den afhændede virksomheds konkurrenceadfærd med risiko for at underminere formålet med tilsagnet.

⁽⁴⁾ Se Førsteinstansrettens dom i sag T-210/01, *General Electric mod Kommissionen*, Sml. 2005 II, s. 5575, præmis 617; beslutning af 8. april 1999 i sag COMP/M.1453 — AXA/GRE.

⁽⁵⁾ Alternativet kan bestå af en helt anden virksomhed eller — hvis det er uvist, om det vil lykkes at finde en egnet køber — i en udvidelse af den oprindelige afhændelsestilsagn med yderligere aktiviteter eller aktiver.

46. Hvis der er usikkerhed om implementeringen af afhændelsen på grund af rettigheder tilhørende tredje-
mand eller vanskeligheder ved at finde en egnet køber, kan *kronjuvel*-tilsagn og løsninger med en
up-front-køber som beskrevet nedenfor under punkt 54 være måder, hvorpå de samme problemer kan
løses, og parterne vil derfor kunne vælge mellem de to løsninger.

1.5. Overførsel til en egnet køber

47. Afhændelsen vil kun få sin tilsigtede virkning, hvis og når virksomheden er overført til en egnet køber,
som kan gøre den til en aktiv konkurrencefaktor på markedet. En virksomheds potentiale til at
tiltrække en egnet køber er et vigtigt element allerede ved Kommissionens vurdering af, om de fore-
slåede tilsagn kan løse de påviste problemer ⁽¹⁾. For at sikre, at virksomheden bliver afhændet til en
egnet køber, vil tilsagnene skulle indeholde kriterier, der definerer denne egnethed, på grundlag af
hvilke Kommissionen kan drage sin konklusion angående sandsynligheden for, at afhændelse til en
sådan køber vil fjerne de identificerede konkurrenceproblemer.

a) En købers egnethed

48. Der stilles normalt følgende krav (standardkrav) til køberen:

- køberen skal være uafhængig af og uden forbindelse til parterne
- køberen skal være i besiddelse af de finansielle midler, den dokumenterede sagkundskab og det
incitament, der skal til for at bevare og udvikle den afhændede virksomhed som en rentabel og
aktiv konkurrent til parterne og andre aktører på markedet
- den foreslåede købers overtagelse af virksomheden må hverken kunne skabe nye konkurrencepro-
blemer eller føre til en risiko for, at tilsagnenes opfyldelse vil blive forsinket. Den foreslåede køber
skal med rimelighed forventes at kunne opnå alle nødvendige godkendelser fra de relevante
myndigheder til overtagelse af den virksomhed, der skal afhændes.

49. Disse standardkrav til køberen vil eventuelt skulle suppleres fra sag til sag. Som eksempel kan nævnes,
at det kan være nødvendigt at stille krav om, at køberen skal være en industrivirksomhed og ikke en
finansiel virksomhed ⁽²⁾. Der kan være omstændigheder, der gør, at en finansiel virksomhed ikke vil
være i stand til eller have incitament til at videreudvikle den afhændede virksomhed som en effektiv og
rentabel konkurrent på markedet, selv om den pågældende kunne skaffe sig den fornødne ekspertise
(f.eks. ved at rekruttere ledende medarbejdere med brancheerfaring), og hvor en afhændelse til en
køber i finanssektoren derfor ikke med tilstrækkelig sikkerhed vil fjerne konkurrenceproblemerne.

b) Indkredsning af en egnet køber

50. Der findes generelt tre måder, hvorpå det kan sikres, at virksomheden afhændes til en egnet køber.
Den første består i, at virksomheden inden for en bestemt frist efter godkendelsen af fusionen over-
føres til en køber, som Kommissionen har godkendt på grundlag af de krav, der stilles til en egnet
køber. Den anden består i, at tilsagnet derudover indeholder en klausul om, at parterne ikke må
gennemføre den anmeldte fusion, før der er indgået en bindende aftale med en af Kommissionen
godkendt køber (en såkaldt »*up-front*« køber). Den tredje går ud på, at parterne identificerer en køber
og under Kommissionens sagsbehandling indgår en bindende aftale med denne ⁽³⁾ (den såkaldte
»*fix-it-first*«-løsning) ⁽⁴⁾. Hovedforskellen mellem de to sidstnævnte måder består i, at når der er tale om
en »*up-front*« køber, kender Kommissionen ikke denne købers identitet, før den har godkendt fusionen.
51. Valget mellem de tre muligheder afhænger af de særlige risikomomenter i den konkrete sag og derfor
af, hvordan Kommissionen med den krævede grad af sikkerhed vil kunne konkludere, at tilsagnene vil
blive opfyldt. Og det vil afhænge af arten og omfanget af den virksomhed, der afhændes, risikoen for
en forringelse af den i overgangsperioden frem til den endelige afhændelse og eventuelle usikkerheds-
momenter i forbindelse med dens overførsel til køberen og afhændelsens gennemførelse, specielt even-
tuelle vanskeligheder ved at finde en egnet køber.

⁽¹⁾ Beslutning af 18. november 1997 i sag IV/M.913 — Siemens/Elektrowatt.

⁽²⁾ Se tilsagnene i beslutning af 8. januar 2002 i sag COMP/M.2621 — SEB/Moulinex, der drejede sig om, at licenstageren
skulle have sit eget varemærke i den pågældende sektor. På nogle markeder kan det være nødvendigt at stille krav om, at
køberen skal være tilstrækkeligt kendt på dette marked for at være i stand til at gøre den afhændede virksomhed til en
effektiv konkurrent på markedet.

⁽³⁾ Overførslen af virksomheden kan finde sted, efter at Kommissionen har vedtaget sin beslutning i sagen.

⁽⁴⁾ Dette begreb anvendes muligvis anderledes i andre jurisdiktioner.

1) Afhændelse inden for en bestemt frist efter godkendelsesbeslutningen

52. Ved den første type afhændelsestilsagn kan parterne foretage afhændelsen på grundlag af de krav, der er opstillet til køberen, inden for en nærmere fastsat frist efter godkendelsesbeslutningens vedtagelse. Denne fremgangsmåde vil kunne benyttes i de fleste sager, forudsat at der kan antages at findes et antal købere til en rentabel virksomhed, og at der ikke er særlige problemer, der vil lægge hindringer i vejen for frasalget. I de tilfælde, hvor der stilles særlige krav til køberen, kan denne fremgangsmåde være velegnet, hvis der er et tilstrækkeligt antal interesserede købere, som opfylder de særlige kriterier, tilsagnene i sådanne tilfælde skal indeholde. Kommissionen vil i så fald kunne drage den konklusion, at afhændelsen vil blive gennemført, og at der ikke er nogen grund til at beordre gennemførelsen af den anmeldte fusion stillet i bero efter kommissionsbeslutningens vedtagelse.

2) Up-front-køber

53. Der er tilfælde, hvor kun en »up-front«-køber kan give Kommissionen den fornødne grad af sikkerhed for, at virksomheden rent faktisk vil blive afhændet til en egnet køber. I disse tilfælde vil parterne derfor være nødt til at afgive tilsagn om, at de ikke vil gennemføre den anmeldte fusion, førend der er indgået en bindende aftale med en af Kommissionen godkendt køber ⁽¹⁾.
54. Det kan for det første være tilfældet i sager, hvor der ligger betydelige hindringer i vejen for en afhændelse, såsom rettigheder tilhørende tredjemand eller usikkerhed om, hvorvidt det vil lykkes at finde en egnet køber ⁽²⁾. I sådanne sager vil en up-front-køber kunne give Kommissionen den fornødne sikkerhed for, at tilsagnene vil blive opfyldt, eftersom et sådant tilsagn giver parterne et større incitament til at få afhændelsen gennemført, så de kan få deres egen fusion gennemført. Under disse omstændigheder vil parterne kunne vælge mellem en at foreslå en up-front-køber og et alternativt afhændelsestilsagn som beskrevet ovenfor under punkt 46.
55. En up-front-køber kan for det andet være en nødvendighed, hvis der er betydelig risiko for, at konkurrencedygtigheden og salgbarheden af den virksomhed, der skal afhændes, vil blive forringet i overgangsperioden frem til afhændelsen. Det kan bl.a. være tilfældet i sager, hvor der antages at være stor risiko for en forringelse af den virksomhed, der skal afhændes, især på grund af risikoen for tab af nøglemedarbejdere, eller hvor risikoen forstærkes af, at parterne ikke er i stand til at foretage udskillelsen af de pågældende aktiviteter i overgangsperioden, men først efter at der er indgået en aftale med en køber. En sådan køber kan fremskynde overførslen af den virksomhed, der skal afhændes, eftersom parterne har et større incitament til at få afhændelsen gennemført for selv at kunne komme videre med deres fusion, og det vil kunne give Kommissionen den fornødne sikkerhed for, at disse risici er begrænsede, og at afhændelsen vil finde sted ⁽³⁾.

3) Fix-it-first løsninger

56. Den tredje måde egner sig i sager, hvor parterne under Kommissionens sagsbehandling får indkredset en køber og indgår en bindende aftale med vedkommende om de vigtigste vilkår for afhændelsen ⁽⁴⁾. Kommissionen vil i sin endelige beslutning kunne afgøre, om den pågældende afhændelse til den pågældende køber vil fjerne konkurrenceproblemerne. Hvis Kommissionen godkender den anmeldte fusion, vil der ikke være behov for nogen yderligere kommissionsbeslutning om godkendelse af denne køber, og salget af den virksomhed, der skal afhændes, vil kunne finde sted kort efter.
57. Kommissionen ser især positivt på sådanne fix-it-first-løsninger i sager, hvor køberens identitet har afgørende betydning for, om den foreslåede løsning vil virke effektivt. Det vil være tilfældet i sager, hvor omstændighederne bevirker, at der kun er ganske få potentielle købere, der kan anses for at være

⁽¹⁾ Beslutning af 19. juli 2006 i sag COMP/M.3796 — Omya/Huber PCC; beslutning af 23. juli 2003 i sag COMP/M.2972 — DSM/Roche Vitamins; beslutning af 13. december 2000 i sag COMP/M.2060 — Bosch/Rexroth; beslutning af 27. juli 2001 i sag COMP/M.2337 — Nestlé/Ralston Purina; beslutning af 15. februar 2002 i sag COMP/M.2544 — Masterfoods/Royal Canin; beslutning af 11. juni 2003 i sag COMP/M.2947 — Verbund/Energie Allianz.

⁽²⁾ Se beslutning af 13. december 2000 i sag COMP/M.2060 — Bosch/Rexroth, nr. 92.

⁽³⁾ Se beslutning af 13. december 2000 i sag COMP/M.2060 — Bosch/Rexroth, nr. 95.

⁽⁴⁾ Sådanne aftaler er normalt betinget af, at Kommissionen i sin endelige beslutning i sagen accepterer denne løsning.

egnede, især fordi den virksomhed, der afhændes, ikke i sig selv er rentabel, men kun vil blive det i kraft af særlige aktiver, som køberen kan tilføre, eller hvis der må stilles særlige krav til køberen, for at denne løsning kan fjerne konkurrenceproblemerne ⁽¹⁾. Hvis parterne vælger en *fix-it-first*-løsning og indgår en bindende aftale med en egnet køber under Kommissionens sagsbehandling, vil Kommissionen med den fornødne sikkerhed kunne drage den konklusion, at tilsagnene vil blive opfyldt med virksomhedens salg til en egnet køber. I disse situationer vil en løsning med en *up-front*-køber med specifikke krav til køberens egnethed normalt blive anset for at være lige så god og acceptabel.

2. Eliminering af forbindelser til konkurrenter

58. Afhændelsestilsagn kan også være egnede til at eliminere forbindelser mellem parterne og deres konkurrenter i tilfælde, hvor de problemer, fusionen rejser, bl.a. beror på sådanne forbindelser. For at få brudt en strukturel forbindelse til en betydelig konkurrent kan det være nødvendigt, at der afhændes minoritetsinteresser, som en af parterne måtte have i et joint venture ⁽²⁾ eller i en konkurrent ⁽³⁾.
59. Selv om en afhændelse af sådanne interesser er den foretrukne løsning, vil Kommissionen undtagelsesvis kunne acceptere, at der blot gives afkald på udøvelse af de rettigheder, minoritetsinteresser i en konkurrent er forbundet med, når det i betragtning af de særlige omstændigheder i sagen kan udelukkes, at den økonomiske gevinst, disse interesser giver, i sig selv ville rejse konkurrenceproblemer ⁽⁴⁾. I sådanne tilfælde vil parterne skulle give afkald på alle rettigheder i forbindelse med disse interesser, som vil være relevante for konkurrenceadfærden, såsom sæde i bestyrelsen, varetoret og desuden informationsrettigheder ⁽⁵⁾. Kommissionen vil kun kunne acceptere denne måde at eliminere forbindelserne til en konkurrent på, hvis der er tale om et fuldt, permanent afkald på disse rettigheder ⁽⁶⁾.
60. Når konkurrenceproblemerne beror på aftaler med virksomheder, der udbyder samme produkter eller tjenesteydelser, kan løsningen bestå i en opsigelse af den pågældende aftale, der f.eks. kan være en distributionsaftale med en konkurrent ⁽⁷⁾ eller en aftale om samordning af visse forretningsmetoder ⁽⁸⁾. At en distributionsaftale opsiges, vil dog kun i sig selv fjerne konkurrenceproblemerne, hvis der er sikkerhed for, at konkurrentens produkt også vil blive distribueret fremover og lægge et effektivt konkurrencepres på parterne.

3. Andre løsninger

61. Selv om afhændelser eller eliminering af forbindelser til konkurrenter er de foretrukne løsninger, er de ikke de eneste, der kan fjerne bestemte konkurrenceproblemer. Afhændelser er dog det benchmark, som effektiviteten af andre løsninger måles efter. Det er altså muligt, at Kommissionen vil kunne acceptere andre typer tilsagn, men kun under omstændigheder, hvor det foreslåede tilsagn vil virke mindst lige så effektivt som en afhændelse ⁽⁹⁾.

⁽¹⁾ Se beslutning fra april 2006 i sag COMP/M.3916 — T-Mobile Austria/tele.ring, hvor bestemte mobiltelefonanlæg og frekvensblokke, som ikke udgjorde et rentabelt aktivitetsområde, kun kunne afhændes til en konkurrent, som kunne anses for at have en position på markedet svarende til tele.rings; beslutning af 4. juli 2006 i sag COMP/M.4000 — Inco/Falconbridge, hvor en nikkelforarbejdningsvirksomhed kun kunne afhændes til en konkurrent, der var vertikalt integreret med nikkelleverandører; beslutning af 12. december 2006 i sag COMP/M.4187 — Metso/Aker Kvaerner, hvor der kun fandtes én køber, der var egnet til at overtage den virksomhed, der skulle afhændes, eftersom vedkommende var den eneste, der havde den fornødne knowhow og tilstedeværelse på tilgrænsende markeder; beslutning af 26. oktober 2004 i sag COMP/M.3436 — Continental/Phoenix, hvor det kun var partneren i distributions-joint venture, der ville være i stand til at gøre den afhændede virksomhed rentabel; beslutning af 5. december 2003 i sag COMP/M.3136 — GE/Agfa.

⁽²⁾ Beslutning af 3. december 1997 i sag IV/M.942 — VEBA/Degussa.

⁽³⁾ Beslutning af 13. juli 2005 i sag COMP/M.3653 — Siemens/VA Tech, nr. 491 og 493 ff.

⁽⁴⁾ Beslutning af 13. juli 2005 i sag COMP/M.3653 — Siemens/VA Tech, nr. 327 ff., hvor det kunne udelukkes, at minoritetsinteresser ville give en økonomisk gevinst, da der allerede var udøvet en *put option* på salg af disse interesser.

⁽⁵⁾ Beslutning af 19. september 2006 i sag COMP/M.4153 — Toshiba/Westinghouse.

⁽⁶⁾ Beslutning af 9. december 2004, sag COMP/M.3440 — ENI/EDP/GDP, nr. 648 ff. og 672.

⁽⁷⁾ Med hensyn til opsigelse af distributionsaftaler, se f.eks. beslutning af 24. juni 2005 i sag COMP/M.3779 — Pernod Ricard/Allied Domecq; beslutning af 3. marts 2005 i sag COMP/M.3658 — Orkla/Chips.

⁽⁸⁾ Se især beslutninger i søtransportsektoren, beslutning af 29. juli 2005 i sag COMP/M.3829 — Maersk/PONL, og beslutning af 12. oktober 2005 i sag COMP/M.3863 — TUI/CP Ships, hvor parterne afgav tilsagn om at trække sig ud af bestemte linjekonferencer og konsortier.

⁽⁹⁾ Beslutning af 28. april 2005 i sag COMP/M.3680 — Alcatel/Finmeccanica/Alcatel Alenia Space & Telespazio, hvor en afhændelse ikke var mulig.

Adgang til infrastrukturer, teknologi m.v.

62. Kommissionen har i nogle sager accepteret løsninger, der gik ud på, at parterne åbnede adgang til nøgleinfrastrukturer, netværker, nøgleteknologi, herunder patenter, knowhow eller andre intellektuelle ejendomsrettigheder, eller væsentlige inputs. Der har normalt været tale om, at parterne gav andre adgang hertil på et ikke-diskriminerende og gennemsigtigt grundlag.
63. De tilsagn, der gives, kan dreje sig om at åbne adgang til infrastrukturer og netværker for at gøre det lettere for konkurrenter at komme ind på markedet. De vil kunne accepteres af Kommissionen, når der er tilstrækkelig sikkerhed for, at der vil dukke nye konkurrenter op på markedet, og dette vil fjerne alle væsentlige hindringer for den effektive konkurrence ⁽¹⁾. Andre eksempler på sådanne adgangstilsagn er tilsagn om at åbne adgang til betalings-tv-pladformer ⁽²⁾ og energi via gasfrigivelsesprogrammer ⁽³⁾. Ofte kan der ikke opnås en tilstrækkelig mindskelse af adgangsbarrierer gennem enkeltstående foranstaltninger, men kun gennem en pakke bestående af en kombination af afhændelser og adgangstilsagn eller en pakke, der tager sigte på generelt at lette adgangen til markedet for konkurrenterne gennem en vifte af forskellige foranstaltninger. Hvis sådanne tilsagn gør det sandsynligt, at der rent faktisk på kort tid vil komme tilstrækkeligt mange nye konkurrenter til, kan de anses for at have en virkning for konkurrencen på markedet, der svarer til en afhændelse. Kan det ikke fastslås, at tilsagnene vil føre til, at der dukker nye konkurrenter op på markedet, vil Kommissionen ikke acceptere dem ⁽⁴⁾.
64. Tilsagn om at give adgang til fusionsparternes infrastrukturer eller netværker på et ikke-diskriminerende grundlag kan også tage sigte på at sikre, at fusionen ikke resulterer i en markedsafskærmning og dermed en betydelig hindring for konkurrence. Kommissionen har i tidligere beslutninger accepteret tilsagn, der drejede sig om at åbne adgang til rørledninger ⁽⁵⁾ og til telenet og lignende netværker ⁽⁶⁾. Kommissionen vil kun acceptere sådanne tilsagn, hvis det kan fastslås, at de vil virke effektivt og blive udnyttet af konkurrenter, således at risikoen for markedsafskærmning kan udelukkes. I særlige tilfælde kan det komme på tale at kombinere et sådant tilsagn med en *up-front*-betingelse eller en *fix-it-first*-betingelse for at give Kommissionen tilstrækkelig sikkerhed for, at tilsagnet vil blive opfyldt ⁽⁷⁾.
65. På samme måde kan fusionsparternes kontrol over nøgleteknologi eller intellektuelle ejendomsrettigheder indebære en risiko for en fortrængning af de konkurrenter, der er afhængige af denne teknologi eller disse rettigheder som væsentlige inputs på et marked i efterfølgende led. Der kan f.eks. være tale om tilfælde, hvor konkurrenceproblemerne beror på, at parterne vil kunne tilbageholde den information, der er nødvendig for, at forskellige former for udstyr kan fungere sammen. Under sådanne omstændigheder vil tilsagn om at give konkurrenter adgang til den fornødne information kunne fjerne konkurrenceproblemerne ⁽⁸⁾. Og i sektorer, hvor aktørerne normalt er nødt til at samarbejde ved at give hinanden patentlicenser, vil problemer, der beror på, at den fusionerede enhed ikke længere vil

⁽¹⁾ Se Førsteinstansrettens dom i sag T-177/04, *easyJet mod Kommissionen*, Sml. 2006 II, s. 1931, præmis 197 ff.

⁽²⁾ Se beslutning af 2. april 2003 i sag COMP/M.2876 — Newscorp/Telepiù, nr. 225 ff., hvor tilsagnspakken omfattede, at konkurrenterne fik adgang til alle væsentlige elementer i et betalings-tv-net, herunder 1) adgang til det fornødne programindhold, 2) adgang til den tekniske platform og 3) adgang til de nødvendige tekniske tjenester. Se tillige beslutning af 21. marts 2000 i sag COMP/JV.37 — BskyB/Kirch Pay TV, som blev stadfæstet ved Førsteinstansrettens dom i sag T-158/00, *ARD mod Kommissionen*, Sml. 2003 II, s. 3825, hvor Kommissionen accepterede en tilsagnspakke, der gav andre operatører adgang til betalings-tv-markedet.

⁽³⁾ Se beslutning af 21. december 2005 i sag COMP/M.3696 — E.ON/MOL; beslutning af 14. marts 2006 i sag COMP/M.3868 — DONG/Elsam/Energi E2.

⁽⁴⁾ I luftfartssektoren er en mindskelse af adgangsbarriererne gennem et tilsagn fra parterne om at frigive slots i bestemte lufthavne ikke altid tilstrækkeligt til at sikre, at nye konkurrenter vil begynde at flyve på de ruter, hvor der vil opstå konkurrenceproblemer, og derfor heller ikke altid tilstrækkeligt til, at et sådant tilsagn vil kunne anses for at få samme virkninger som en afhændelse.

⁽⁵⁾ Beslutning af 20. december 2001 i sag COMP/M.2533 — BP/E.ON, hvor der blev åbnet adgang til rørledninger ud over afhændelse af aktier i et rørledningsselskab; beslutning af 20. december 2001 i COMP/M.2389 — Shell/DEA, hvor der blev åbnet adgang til en ethylenimportterminal.

⁽⁶⁾ Med hensyn til adgang til telenet kan der henvises til beslutning af 10. juli 2002 i sag COMP/M.2803 — Telia/Sonera; beslutning af 13. oktober i sag IV/M.1439 — Telia/Telenor; beslutning af 12. april 2000 i sag COMP/M.1795 — Vodafone/Mannesmann. Se tillige beslutning af 30. april 2003 i sag COMP/M.2903 — DaimlerChrysler/Deutsche Telekom/JV, hvor Kommissionen accepterede en tilsagnspakke, der gik ud på at give tredjemand adgang til et telematiknet og mindske adgangsbarriererne ved at tillade brug af parternes telematiksystem til opkrævning af motorvejsafgifter.

⁽⁷⁾ Se det »kvalitative moratorium« i beslutning af 30. april 2003 i sag COMP/M.2903 — DaimlerChrysler/Deutsche Telekom/JV, nr. 76.

⁽⁸⁾ Beslutning af 2. september 2003 i sag COMP/M.3083 — GE/Instrumentarium; beslutning af 30. april 2003 i sag COMP/M.2861 — Siemens/Draegerwerk.

have noget incitament til at meddele licenser i det samme omfang og på samme vilkår som førhen, kunne løses ved tilsagn om at fortsætte med at meddele licenser på samme måde som hidtil ⁽¹⁾. I disse tilfælde bør tilsagnene omfatte ikke-eksklusive licenser eller videregivelse af information på et ikke-eksklusivt grundlag til alle tredjeparter, der er afhængige af disse rettigheder eller denne information. Det må desuden sikres, at de vilkår og betingelser, licenserne gives på, ikke lægger hindringer i vejen for en effektiv implementering af denne løsning. Hvis der på det pågældende marked ikke findes klart fastlagte vilkår og betingelser for licensering, bør vilkårene (herunder prisbetingelserne) klart fremgå af tilsagnene (f.eks. i form af prisformler). En alternativ løsning kan være vederlagsfrie licenser. Alt efter den konkrete sag vil en licens også kunne føre til, at licensgiveren derigennem opnår konkurrencefølsomme oplysninger om licenstagere, der er aktive på det efterfølgende marked, f.eks. oplysning om, hvor mange licenser der udnyttes på dette efterfølgende marked. I sådanne tilfælde vil denne løsning kun kunne accepteres, hvis tilsagnet er formuleret således, at sådanne fortrolighedsproblemer undgås. Som nævnt ovenfor, vil Kommissionen generelt kun acceptere sådanne tilsagn, hvis det kan fastslås, at de vil virke effektivt, og at konkurrenterne med al sandsynlighed vil udnytte dem.

66. Adgangstilsagn er ofte af ret kompleks karakter og må nødvendigvis indeholde generelle rettesnore for, på hvilke vilkår denne adgang gives. For at de kan virke effektivt, skal sådanne tilsagn indeholde nærmere bestemmelser om kontrollen med tilsagnenes opfyldelse, f.eks. krav om adskilte regnskaber for infrastrukturen, således at der bliver mulighed for en revision af de omkostninger, de er forbundet med ⁽²⁾, og egnede kontrolmekanismer. Denne overvågning skal normalt foretages af markedsaktører selv, dvs. af de virksomheder, der ønsker at udnytte tilsagnene. Blandt de mekanismer, der kan sætte tredjemand i stand til selv at sørge for, at tilsagnene opfyldes, kan især nævnes adgang til en hurtig konfliktløsningsordning i form af voldgift (sammen med en trustee) ⁽³⁾ eller via voldgift ved en national reguleringsinstans, hvis en sådan findes på de pågældende markeder ⁽⁴⁾. Hvis Kommissionen kan fastslå, at tilsagnene indeholder en mekanisme, der vil sætte markedsaktørerne i stand til selv at gennemtvinge deres opfyldelse inden for et rimeligt tidsrum, behøver Kommissionen ikke at foretage nogen permanent overvågning. I sådanne tilfælde vil Kommissionen kun være nødt til at gribe ind, hvis parterne ikke retter sig efter de afgørelser, der træffes via disse former for konfliktløsning ⁽⁵⁾. Kommissionen vil dog kun være i stand til at acceptere sådanne tilsagn, hvis de ikke er så komplekse, at de risikerer at blive virkningsløse allerede fra starten, og hvis de foreslåede kontrolmekanismer vil sikre, at de vil blive effektivt opfyldt og føre til resultater inden for et rimeligt tidsrum ⁽⁶⁾.

Ændring af langfristede eksklusivkontrakter

67. Den ændring af markedsstrukturerne, en planlagt fusion vil føre til, kan bevirke, at eksisterende kontraktarrangementer kommer til at lægge hindringer i vejen for en effektiv konkurrence. Det gælder især for langfristede leveringsaftaler, hvis de afskærer konkurrenter fra at få adgang til input eller hindrer dem i at få adgang til kunderne. Hvis den fusionerede enhed bliver i stand til at fortrænge sine konkurrenter på denne måde, vil de markedsafskærmende virkninger af eksisterende eksklusivkontrakter kunne lægge betydelige hindringer i vejen for den effektive konkurrence ⁽⁷⁾.
68. Under sådanne omstændigheder vil en opsigelse eller ændring af eksisterende eksklusivarrangementer kunne være en egnet løsning til at fjerne konkurrenceproblemerne ⁽⁸⁾. Kommissionen må imidlertid

⁽¹⁾ Se beslutning af 19. maj 2006 i sag COMP/M.3998 — Axalto/Gemplus.

⁽²⁾ Se f.eks. beslutning af 10. juli 2002 i sag COMP/M.2803 — Telia/Sonera; beslutning af 30. april 2003 i sag COMP/M.2903 — DaimlerChrysler/Deutsche Telekom/JV.

⁽³⁾ Hvad virkningen af voldgiftsklausuler angår, henvises til Førsteinstansrettens dom i sag T-158/00, *ARD mod Kommissionen*, Sml. 2003 II, s. 3825, præmis 212, 295 og 352; Førsteinstansrettens dom i sag T-177/04, *easyJet mod Kommissionen*, Sml. 2006 II, s. 1931, præmis 186.

⁽⁴⁾ Se sag COMP/M.2876 — Newscorp/Telepiù; sag COMP/M.3916 — T-Mobile Austria/tele.ring.

⁽⁵⁾ Førsteinstansrettens dom i sag T-158/00, *ARD mod Kommissionen*, Sml. 2003 II, s. 3825, præmis 212, 295 og 352.

⁽⁶⁾ Se Førsteinstansrettens dom i sag T-87/05, *EDP mod Kommissionen*, Sml. 2005 II, s. 3745, præmis 102 ff.; og sag T-177/04, *easyJet mod Kommissionen*, Sml. 2006 II, s. 1931, præmis 188.

⁽⁷⁾ Se Kommissionens meddelelse om ikke-horisontale fusioner [...]; beslutning af 11. februar 1998 i sag IV/M.986 — AGFA Gevaert/DuPont.

⁽⁸⁾ Beslutning af 2. april 2003 i sag COMP/M.2876 — Newscorp/Telepiù, nr. 225 ff., hvor leverandører af tv-indhold fik en ensidig opsigelsesret, samtidig med at eksklusivklausulerne blev indskrænket og varigheden af fremtidige eksklusivaftaler om tv-indhold afkortet; beslutning af 17. december 2002 i sag COMP/M.2822 — ENI/EnBW/GVS, hvor alle lokale gasdistributører fik ret til førtidig opsigelse af langfristede gasforsyningsaftaler; beslutning af 28. oktober 1999 i sag IV/M.1571 — New Holland; beslutning af 19. april 1999 i sag IV/M.1467 — Rohm and Haas/Morton.

ud fra de foreliggende oplysninger være i stand til klart at fastslå, at der ikke *de facto* fortsat vil bestå nogen eksklusivitet. Desuden vil en sådan ændring af langfristede kontrakter normalt kun være tilstrækkelig som en del af en mere omfattende tilsagnspakke.

Andre løsninger uden afhændelser

69. Som nævnt ovenfor under punkt 17, vil tilsagn, der ikke indebærer strukturændringer, som f.eks. et tilsagn om at afstå fra en bestemt forretningspraksis (f.eks. bundtning), generelt ikke fjerne de konkurrenceproblemer, der beror på horisontal overlappning. Det kan under alle omstændigheder være vanskeligt at sikre, at sådanne tilsagn kommer til at virke effektivt, fordi der, som allerede nævnt under punkt 13 ff. ovenfor, som regel ikke findes nogen effektiv måde at kontrollere det på ⁽¹⁾. Det kan være umuligt for Kommissionen at kontrollere, om et tilsagn efterleves, og selv andre markedsaktører såsom konkurrenter er måske slet ikke eller i hvert fald ikke med den fornødne sikkerhed i stand til at se, om parterne i praksis efterlever tilsagnet. Desuden har konkurrenterne heller ikke nødvendigvis noget incitament til at varsko Kommissionen, hvis ikke tilsagnene er til direkte gavn for dem. Kommissionen vil derfor kun undtagelsesvis og under særlige omstændigheder overveje andre typer tilsagn, der ikke indebærer afhændelser, men f.eks. kun tilsagn angående fremtidig adfærd, f.eks. i relation til konkurrenceproblemer i forbindelse med konglomerater ⁽²⁾.

Varighed af tilsagn, der ikke indebærer afhændelser

70. Kommissionen vil muligvis kunne acceptere, at sådanne tilsagn er tidsbegrænsede. Om tidsbegrænsningen og varigheden kan accepteres, vil afhænge af sagens konkrete omstændigheder, og det er ikke muligt at sige noget generelt herom.

4. Revisionsklausul

71. Uanset hvilken type tilsagn der er tale om, vil de normalt også indeholde en revisionsklausul ⁽³⁾. Den vil give Kommissionen mulighed for efter begrundet anmodning fra parterne at forlænge en frist eller under særlige omstændigheder ophæve, ændre eller udskifte tilsagn.
72. Det er navnlig ved afhændelsestilsagn, at det kan komme på tale at ændre tilsagnene ved at forlænge en frist. Parterne vil skulle anmode om en sådan forlængelse, inden fristen udløber. Hvis parterne anmoder om en forlængelse af den første afhændelsesfrist, vil Kommissionen kun efterkomme anmodningen, hvis parterne kan godtgøre, at det ikke var deres skyld, at de ikke kunne overholde fristen, og hvis det kan forventes, at det derefter vil lykkes dem på kort tid at få solgt den pågældende virksomhed. I modsat fald kan det være en trustee, der bedst kan gennemføre afhændelsen og opfylde tilsagnet for parterne.
73. Kommissionen vil kun under ekstraordinære omstændigheder kunne ophæve et tilsagn eller acceptere ændringer i dem. Det vil sjældent komme på tale ved afhændelsestilsagn. Eftersom afhændelsestilsagn skal implementeres kort tid efter kommissionsbeslutningen, er det meget usandsynligt, at der på så kort tid vil være sket ændringer i markedsforholdene, og Kommissionen vil normalt ikke acceptere nogen ændringer inden for rammerne af den generelle revisionsklausul. I andre situationer vil tilsagnene normalt indeholde mere målrettede revisionsklausuler ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Se f.eks. beslutning af 9. december 2004 i sag COMP/M.3440 — ENI/EDP/GDP, nr. 663 og 719.

⁽²⁾ Med hensyn til en fusions konglomeratvirkninger henvises til Domstolens dom af 15. februar 2005 i sag C-12/03 P, *Kommissionen mod Tetra Laval*, Sml. 2005 I, s. 987, præmis 85 og 89.

⁽³⁾ Sådanne revisionsklausuler har dog særlig betydning ved adgangstilsagn, der altid bør indeholde en sådan klausul, jf. nedenfor under punkt 74.

⁽⁴⁾ Som nævnt ovenfor under punkt 30, vil Kommissionen kunne godkende en afhændelse, der ikke omfatter alle de aktiver eller medarbejdere, der var indeholdt i tilsagnet, hvis det ikke påvirker den frasolgte virksomheds rentabilitet og konkurrencedygtighed. På samme måde indebærer ikke-genovertagelsesklausulen som beskrevet under punkt 43, at parterne kun vil kunne genovertage de afhændede aktiver, hvis Kommissionen forinden har fastslået, at markedsforholdene har ændret sig i en sådan grad, at afhændelsen ikke længere er nødvendig.

74. En ophævelse eller ændring af tilsagn kan snarere komme på tale, når der ikke er tale om afhændelses-tilsagn, f.eks. hvis det drejer sig om adgangstilsagn, der kan løbe over flere år, og hvor det på tidspunktet for Kommissionens vedtagelse af sin beslutning ikke var muligt at tage enhver udvikling med i betragtning. At der kan anses at foreligge ekstraordinære omstændigheder, der gør det berettiget at ophæve eller ændre tilsagnet, er for det første betinget af, at parterne kan bevise, at markedsforholdene har ændret sig betydeligt og permanent. Det forudsætter, at der er gået et vist tidsrum, normalt i hvert fald flere år, mellem kommissionsbeslutningen og parternes anmodning. For det andet kan der også foreligge ekstraordinære omstændigheder, hvis parterne kan bevise, at erfaringerne med tilsagnets gennemførelse har vist, at formålet med det pågældende tilsagn bedre kan opnås, hvis nogle af dets vilkår ændres. Ved enhver ophævelse eller ændring af et tilsagn vil Kommissionen også tage hensyn til tredjeparters synspunkter og til, hvilke virkninger en ændring af tilsagnet kan få for dem og dermed for tilsagnets generelle effektivitet. Kommissionen vil i den forbindelse også se på, om en ændring vil påvirke de rettigheder, tredjeparter allerede har opnået efter tilsagnets implementering ⁽¹⁾.
75. Hvis der er særlige grunde til, at Kommissionen på det tidspunkt, hvor den træffer sin beslutning, ikke kan forudse alle omstændigheder ved implementeringen af tilsagnene, kan det også være en god idé, at parterne i deres tilsagn indfører en bestemmelse, der sætter Kommissionen i stand til at foretage en begrænset ændring i tilsagnene. Sådanne ændringer kan være nødvendige, hvis de oprindelige tilsagn ikke giver det ønskede resultat og altså ikke effektivt fjerner konkurrenceproblemerne. Rent proceduremæssigt vil parterne i sådanne tilfælde kunne blive nødt til at foreslå en ændring af tilsagnene for at opnå det resultat, der er fastlagt i dem, eller Kommissionen vil selv, efter høring af parterne, kunne ændre tilsagnene i dette øjemed. Denne form for klausul vil typisk være begrænset til de tilfælde, hvor særlige omstændigheder vil kunne lægge hindringer i vejen for en effektiv opfyldelse af tilsagnene. De er f.eks. blevet brugt i forbindelse med tilsagn om gasfrigivelsesprogrammer ⁽²⁾.
76. Kommissionen kan efter anmodning vedtage en formel beslutning om enhver ophævelse eller ændring af tilsagn eller blot tage til efterretning, at parterne har foretaget acceptable ændringer af tilsagnet, når sådanne ændringer får tilsagnet til at virke mere effektivt og resulterer i juridisk bindende forpligtelser for parterne, f.eks. i form af kontraktarrangementer. Når et tilsagn ændres, vil det normalt først få virkning fra og med ændringstidspunktet. Det betyder, at en ændring af tilsagn ikke med tilbagevirkende kraft kan neutralisere en tilsidesættelse af tilsagnene, der blev begået, før tilsagnet blev ændret. Kommissionen vil derfor kunne forfølge sådanne tilsidesættelser efter fusionsforordningens artikel 14 og 15.

IV. PROCEDUREN FOR AFGIVELSE AF TILSAGN

1. Fase I

77. I henhold til fusionsforordningens artikel 6, stk. 2, kan Kommissionen også før indledning af procedure i en sag erklære en fusion forenelig med fællesmarkedet, hvis den har forvisset sig om, at med de ændringer, der er foretaget i fusionen, rejser den ikke længere alvorlig tvivl som omhandlet i stk. 1, litra c).
78. Parterne kan fremsætte forslag til tilsagn over for Kommissionen på et uformelt grundlag, også før de har anmeldt fusionen. Tilsagn skal foreslås inden for en frist på 20 arbejdsdage efter den dato, hvor anmeldelsen er modtaget ⁽³⁾. Hvis Kommissionen finder, at en fusion rejser alvorlig tvivl, skal den underrette parterne herom inden udløbet af denne frist ⁽⁴⁾. Hvis parterne foreslår tilsagn, forlænges fristen for den beslutning, Kommissionen skal træffe efter fusionsforordningens artikel 6, stk. 1, fra 25 til 35 arbejdsdage ⁽⁵⁾.

⁽¹⁾ Se f.eks. Førsteinstansrettens dom i sag T-119/02, *Royal Philips Electronics NV mod Kommissionen*, Sml. 2003 II, s. 1433, præmis 184.

⁽²⁾ Se beslutning af 14. marts 2006 i sag COMP/M.3868 — DONG/Elsam/Energi E2, nr. 24 i bilaget.

⁽³⁾ Artikel 19, stk. 1, i gennemførelsesforordningen.

⁽⁴⁾ De anmeldende parter vil normalt under sådanne omstændigheder få tilbudt et statusmøde, se punkt 33 i Konkurrencegeneralinspektorens *Best Practices on the conduct of EC merger control proceedings*.

⁽⁵⁾ Fusionsforordningens artikel 10, stk. 1, andet afsnit.

79. For at kunne danne grundlag for en beslutning efter artikel 6, stk. 2, skal forslag om tilsagn opfylde følgende betingelser:
- a) de skal indeholde en fuldstændig angivelse af de materielle tilsagn, parterne afgiver, og fremgangsmåderne for deres opfyldelse
 - b) de skal være underskrevet af en behørigt befuldmægtiget person
 - c) de skal være ledsaget af de nærmere oplysninger om tilsagnene, der kræves i gennemførelsesforordningen (se ovenfor under punkt 7), og
 - d) der skal desuden vedlægges en ikke-fortrolig version af tilsagnene ⁽¹⁾ til brug for den markedstest, de skal underkastes. Den ikke-fortrolige version af tilsagnene skal sætte tredjeparter i stand til at vurdere, om de foreslåede tilsagn effektivt vil kunne løse konkurrenceproblemerne.
80. De forslag, parterne fremsætter i overensstemmelse hermed, vil blive vurderet af Kommissionen. Kommissionen vil høre medlemsstaternes myndigheder om de foreslåede tilsagn og vil eventuelt også høre tredjeparter i form af en markedstest, i særdeleshed de tredjeparter og de anerkendte repræsentanter ⁽²⁾ for de medarbejdere, der berøres direkte af de foreslåede tilsagn. På markeder, hvor der findes nationale reguleringsmyndigheder, vil Kommissionen eventuelt også høre de kompetente myndigheder ⁽³⁾. I sager, hvor det geografiske marked er større end Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS), eller hvor aktivitetsområdet for den virksomhed, der skal afhændes, af hensyn til denne virksomheds rentabilitet må række ud over EØS-området, vil den ikke-fortrolige version af de foreslåede tilsagn desuden også kunne blive drøftet med konkurrencemyndigheder i lande uden for EØS, inden for rammerne af Kommissionens bilaterale samarbejdsaftaler med disse lande.
81. Tilsagn i fase I kan kun accepteres, hvis konkurrenceproblemet er let identificerbart og let kan løses ⁽⁴⁾. Konkurrenceproblemet skal derfor være så klart og løsningen på dem så indlysende, at det ikke er nødvendigt at iværksætte en tilbundsående undersøgelse, og tilsagnene således er tilstrækkelige til klart at udelukke en »alvorlig tvivl« som omhandlet i fusionsforordningens artikel 6, stk. 1, litra c) ⁽⁵⁾. Kan Kommissionen under sin vurdering fastslå, at de foreslåede tilsagn fjerner enhver alvorlig tvivl på dette grundlag, vil den godkende fusionen i fase I.
82. Tidspresset i fase I gør det særlig vigtigt, at parterne snarest muligt giver Kommissionen de oplysninger, der kræves i gennemførelsesforordningen, for at Kommissionen kan foretage en ordentlig vurdering af tilsagnenes indhold og virkninger og deres egnethed til at bevare konkurrencen på fællesmarkedet på et permanent grundlag. Hvis parterne ikke opfylder kravene i gennemførelsesforordningen, vil Kommissionen måske ikke kunne drage den konklusion, at de foreslåede tilsagn vil fjerne årsagerne til den alvorlige tvivl.
83. Hvis det vurderes, at de foreslåede tilsagn ikke er tilstrækkelige til at fjerne de konkurrenceproblemer, fusionen rejser, vil parterne få underretning herom. Eftersom fase I-tilsagn har til formål at give en klar løsning på et let identificerbart konkurrenceproblem, kan der kun accepteres begrænsede ændringer i forslaget til tilsagn. Sådanne ændringer, der fremlægges som en umiddelbar reaktion på drøftelserne, kan gå ud på præciseringer, nærmere indkredsninger og/eller forbedringer, der skal sikre tilsagnenes gennemførlighed og effektivitet. Men de vil kun kunne accepteres i en situation, hvor der er sikkerhed for, at Kommissionen har et tilstrækkeligt godt grundlag for at vurdere tilsagnene ⁽⁶⁾.

⁽¹⁾ Artikel 20, stk. 2, i gennemførelsesforordningen.

⁽²⁾ Jf. artikel 2, stk. 1, litra c), i Rådets direktiv 2001/23/EF af 12. marts 2001 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder eller bedrifter eller dele af virksomheder eller bedrifter (EFT L 82 af 22.3.2001, s. 16). Se også artikel 2, stk. 1, litra g), i Rådets direktiv 94/45/EF af 22. september 1994 om indførelse af europæiske samarbejdsudvalg eller en procedure i fællesskabsvirksomheder og fællesskabskoncerner med henblik på at informere og høre arbejdstagerne (EFT L 254 af 30.9.1994, s. 64).

⁽³⁾ Med hensyn til nationale reguleringsmyndigheders rolle i konfliktløsninger henvises til punkt 66.

⁽⁴⁾ Se 30. betragtning i fusionsforordningen.

⁽⁵⁾ Se Førsteinstansrettens dom i sag T-119/02, *Royal Philips Electronics NV mod Kommissionen*, Sml. 2003 II, s. 1433, præmis 79 ff.

⁽⁶⁾ Se 17. betragtning i gennemførelsesforordningen og Førsteinstansrettens dom i sag T-119/02, *Royal Philips Electronics NV mod Kommissionen*, Sml. 2003 II, s. 1433, præmis 237 ff.

84. Hvis Kommissionen i sin endelige vurdering i en sag fastslår, at der på et eller flere markeder ikke er nogen konkurrenceproblemer, vil parterne blive underrettet herom og vil kunne trække de overflødige tilsagn for disse markeder tilbage. Trækker parterne dem ikke tilbage, vil Kommissionen normalt se bort fra dem i sin beslutning. Sådanne tilsagn er under alle omstændigheder ingen betingelse for en godkendelse af fusionen.
85. Hvis parterne er blevet underrettet om, at Kommissionen har til hensigt i sin endelige beslutning at fastholde, at fusionen rejser konkurrenceproblemer på et bestemt marked, er det op til parterne at foreslå tilsagn. Kommissionen er ikke i stand til ensidigt at pålægge nogen betingelser for en godkendelsesbeslutning, det kan den kun gøre på grundlag af tilsagn fra parterne ⁽¹⁾. Men Kommissionen vil vurdere, om de tilsagn, parterne foreslår, er egnede til at løse konkurrenceproblemet, når den tager stilling til, om den vil knytte dem som betingelser eller forpligtelser til sin endelige beslutning ⁽²⁾. Det må dog understreges, at ethvert af de elementer i et tilsagn, der skal til for at opfylde de grundlæggende betingelser for, at tilsagnet kan accepteres, som beskrevet ovenfor under punkt 9 ff., vil blive anset for at være nødvendigt. Hvad der anføres her og i punkt 85, gælder også for tilsagn i fase II.
86. Hvis Kommissionen har konkluderet, at de tilsagn, parterne foreslår at afgive, ikke fjerner den alvorlige tvivl, vil den vedtage en beslutning efter artikel 6, stk. 1, litra c), og indlede procedure i sagen.

2. Fase II

87. I henhold til fusionsforordningens artikel 8, stk. 2, skal Kommissionen erklære en fusion forenelig med fællesskabet, når den, efter at der er foretaget ændringer i transaktionen, ikke længere hæmmer den effektive konkurrence betydeligt som omhandlet i fusionsforordningens artikel 2, stk. 3.
88. Forslag til tilsagn efter artikel 8, stk. 2, skal være fremsat over for Kommissionen inden for en frist på 65 arbejdsdage efter den dato, hvor proceduren blev indledt. Hvis fristen for vedtagelsen af den endelige beslutning er blevet forlænget efter fusionsforordningens artikel 10, stk. 3, forlænges fristen for at afgive tilsagn automatisk også med det samme antal dage ⁽³⁾. Kun under ekstraordinære omstændigheder vil Kommissionen kunne acceptere, at det første forslag til tilsagn fremsættes efter udløbet af denne frist. Parternes anmodning om en fristforlængelse skal være Kommissionen i hænde inden fristens udløb og skal indeholde en angivelse af de særlige omstændigheder, parterne begrunder den med. Bortset fra ekstraordinære omstændigheder er en fristforlængelse kun mulig, hvis Kommissionen har tilstrækkelig tid til at foretage en tilbunds gående vurdering af forslaget og høre medlemsstaterne og tredjeparter ⁽⁴⁾.
89. Spørgsmålet om, hvorvidt forslag til tilsagn vil føre til en forlængelse af den frist, Kommissionen har til at vedtage sin endelige beslutning, afhænger af, på hvilket tidspunkt i sagsforløbet tilsagnsforslaget fremsættes. Hvis parterne foreslår tilsagn, inden der er forløbet 55 dage efter procedurens indledning, vil Kommissionen skulle vedtage en endelig beslutning senest 90 dage efter datoen for procedurens indledning ⁽⁵⁾. Hvis parterne afgiver tilsagn den 55. arbejdsdag eller senere (selv efter den 65. arbejdsdag, hvis disse tilsagn vil kunne accepteres på grund af ekstraordinære omstændigheder som beskrevet ovenfor under punkt 88), forlænges fristen for Kommissionens vedtagelse af den endelige beslutning til 105 arbejdsdage, jf. artikel 10, stk. 3, andet afsnit. Hvis parterne foreslår tilsagn før den 55. arbejdsdag, men fremsender en ændret version den 55. arbejdsdag eller senere, forlænges fristen for den endelige beslutning også til 105 arbejdsdage.

⁽¹⁾ Se ovenfor under punkt 6.

⁽²⁾ Se Domstolens dom af 18. december 2007 i sag C-202/06 P, *Cementbouw mod Kommissionen*, Sml. 2007, præmis 54.

⁽³⁾ Artikel 19, stk. 2, andet afsnit, i gennemførelsesforordningen.

⁽⁴⁾ Artikel 19, stk. 2, tredje afsnit, i gennemførelsesforordningen. Se beslutning af 13. oktober 1999 i sag COMP/M.1439 — *Telia/Telenor*; beslutning af 23. april 1997 i sag IV/M.754 — *Anglo American Corporation/Lonrho*.

⁽⁵⁾ Hvis fristen for den endelige beslutning er blevet forlænget efter fusionsforordningens artikel 10, stk. 3, andet afsnit, før den 55. arbejdsdag, forlænges denne frist også.

90. Kommissionen står til rådighed til at drøfte egnede tilsagn i god tid før udløbet af 65-dagesfristen. Parterne tilskyndes til at fremsende udkast til tilsagn omfattende såvel de materielle elementer som de aspekter af betydning for implementeringen, der er nødvendige for at sikre, at tilsagnene kommer til at fungere effektivt. Hvis parterne mener, at de har brug for mere tid til at få afklaret konkurrenceproblemet og formuleret egnede tilsagn, kan de også foreslå Kommissionen at forlænge fristen for den endelige beslutning efter artikel 10, stk. 3, første afsnit. En sådan anmodning vil skulle fremsættes før udløbet af fristen på de 65 arbejdsdage. For Kommissionen vil normalt ikke forlænge fristen for vedtagelsen af en endelig beslutning efter artikel 10, stk. 3, første afsnit, hvis anmodningen om fristforlængelse fremsættes efter udløbet af den frist, der i henhold til gennemførelsesforordningen gælder for at foreslå tilsagn, dvs. efter den 65. arbejdsdag ⁽¹⁾.
91. For at kunne danne grundlag for en beslutning efter artikel 8, stk. 2, skal forslag om tilsagn opfylde følgende betingelser:
- a) de skal indeholde en fuldstændig angivelse af de materielle tilsagn, parterne afgiver, og fremgangsmåderne for deres opfyldelse
 - b) de skal være underskrevet af en behørigt befuldmægtiget person
 - c) de skal være ledsaget af de nærmere oplysninger om tilsagnene, der kræves i gennemførelsesforordningen (som beskrevet ovenfor under punkt 7), og
 - d) der skal desuden vedlægges en ikke-fortrolig version af tilsagnene ⁽²⁾, der kan bruges til en markeds-test af dem i relation til tredjeparter, og som opfylder de krav, der er nævnt ovenfor under punkt 79.
92. De forslag til tilsagn, parterne fremsender i overensstemmelse med disse krav, vil blive gransket af Kommissionen. Hvis Kommissionen efter denne vurdering fastslår, at de foreslåede tilsagn fjerner den alvorlige tvivl (såfremt Kommissionen endnu ikke har udsendt nogen klagepunktsmeddelelse) eller de konkurrenceproblemer, den peger på i en klagepunktsmeddelelse, efter de høringer, der er beskrevet under punkt 80 ovenfor, vil Kommissionen vedtage en beslutning om betinget godkendelse af fusionen.
93. Hvis Kommissionen efter sin vurdering omvendt fastslår, at de foreslåede tilsagn ikke forekommer at være tilstrækkelige til at løse de konkurrenceproblemer, fusionen vil give anledning til, vil parterne få underretning herom ⁽³⁾.
94. Fusionsforordningen pålægger ikke Kommissionen nogen pligt til at acceptere tilsagn efter udløbet af den gældende frist for tilsagn, medmindre Kommissionen frivilligt går med til at tage stilling til dem under ekstraordinære omstændigheder ⁽⁴⁾. Så hvis parterne derefter ændrer deres forslag til tilsagn, efter udløbet af 65-arbejdsdagesfristen, vil Kommissionen kun acceptere disse ændrede tilsagn, hvis den klart — på grundlag af sin vurdering af de oplysninger, den allerede havde under undersøgelsen, herunder resultaterne af en forudgående markeds-test, og uden at være nødt til at foretage en ny markeds-test — kan fastslå, at disse tilsagn, når først de er opfyldt, giver en fuldstændig og utvetydig løsning på de påviste konkurrenceproblemer, og der er tid nok til, at Kommissionen kan foretage en fyldestgørende vurdering og høre medlemsstaterne ⁽⁵⁾ ⁽⁶⁾. Kommissionen vil normalt afvise ændrede tilsagn, der ikke opfylder disse betingelser ⁽⁷⁾.

⁽¹⁾ Førsteinstansretten har bekræftet, at fusionsforordningen og gennemførelsesforordningen ikke pålægger Kommissionen nogen pligt til at acceptere tilsagn, der afgives efter udløbet af den gældende frist, som anført ovenfor under punkt 94, se sag T-87/05, *EDP mod Kommissionen*, Sml. 2005 II, s. 3745, præmis 161. Kommissionen er derfor ikke forpligtet til at se på noget tilsagn, der afgives af parterne efter udløbet af fristen for at foreslå tilsagn, selv om parterne skulle gå med til en forlængelse af den endelige frist. Det ville desuden heller ikke stemme overens med formålet (jf. 35. betragtning i fusionsforordningen) med de forlængelser, der foretages efter artikel 10, stk. 3. Den forlængelsesmulighed, der er indeholdt i artikel 10, stk. 3, første afsnit, har til formål at give tid nok til at undersøge konkurrenceproblemerne, mens forlængelsen efter artikel 10, stk. 3, andet afsnit, har til formål at give tid nok til at analysere og markeds-teste tilsagn.

⁽²⁾ Artikel 20, stk. 2, i gennemførelsesforordningen.

⁽³⁾ Se punkt 30 ff. i Konkurrencegeneraldirektoratets *Best Practices on the conduct of EC merger proceedings*, der omhandler muligheden for flere statusmøder mellem Kommissionen og parterne under sagsbehandlingen.

⁽⁴⁾ Se Førsteinstansrettens dom i sag T-87/05, *EDP mod Kommissionen*, Sml. 2005 II, s. 3745, præmis 161 ff. Se tillige Rettens dom i sag T-290/94, *Käysersberg SA mod Kommissionen*, Sml. 1997 II, s. 2137.

⁽⁵⁾ Beslutning af 9. december 2004 i sag COMP/M.3440 — ENI/EDP/GDP, nr. 855 ff., stadfæstet ved Førsteinstansrettens dom i sag T-87/05, *EDP mod Kommissionen*, Sml. 2005 II, s. 3745, præmis 162 ff.; beslutning af 9. marts 2000 i sag COMP/M.1628 — TotalFina/Elf, nr. 345.

⁽⁶⁾ Det indebærer normalt, at Kommissionen må være i stand til at fremsende et udkast til den endelige beslutning, med en vurdering af de ændrede tilsagn, til medlemsstaterne inden 10 arbejdsdage før mødet med medlemsstaterne i Det Rådgivende Udvalg. Denne frist kan kun afkortes under ekstraordinære omstændigheder (fusionsforordningens artikel 19, stk. 5).

⁽⁷⁾ Se beslutning af 9. december 2004 i sag COMP/M.3440 — ENI/EDP/GDP, nr. 913.

V. KRAV TIL GENNEMFØRELSEN AF TILSAGN

95. Tilsagn afgives med det formål at opnå godkendelse af en fusion, og implementeringen af tilsagn sker normalt efter godkendelses beslutningens vedtagelse. Det er derfor nødvendigt at sikre, at tilsagnene opfyldes effektivt og rettidigt. Sådanne gennemførelsesbestemmelser indgår normalt i de tilsagn, parterne har afgivet over for Kommissionen.
96. De retningslinjer for gennemførelse af tilsagn, der gives i det følgende, er baseret på afhændelsestilsagn, som er den mest typiske form for tilsagn. Derefter drøftes en række aspekter ved gennemførelsen af andre typer tilsagn.

1. Afhændelsesprocessen

97. Afhændelsen skal være gennemført inden for den frist, der er aftalt mellem parterne og Kommissionen. Det er Kommissionens praksis at opdele den samlede afhændelsesproces i flere dele og sætte en frist for indgåelse af en endelig aftale og en yderligere frist for transaktionens afslutning med ejendomsrettens overdragelse. Fristen for indgåelse af en bindende aftale er normalt yderligere opdelt i en periode, hvor parterne kan søge efter en egnet køber (den første afhændelsesperiode) og derefter, hvis det ikke lykkes parterne at finde en køber, en anden periode, hvor en trustee får fuldmagt til at afhænde den virksomhed, der skal frasælges, uden at der er fastsat nogen minimumspris (trustee-perioden).
98. Kommissionens erfaringer har vist, at korte afhændelsesfrister i vid udstrækning kan fremme en afhændelse, da den virksomhed, der skal frasælges, ellers bliver bragt i en usikker situation i for lang tid. Fristerne bør derfor være så korte som muligt. Kommissionen vil normalt anse seks måneder for den første afhændelsesperiode og en yderligere frist på tre måneder for trustee-perioden for at være passende. Derudover vil man normalt afsætte yderligere tre måneder til transaktionens afslutning. Disse frister kan tilpasses den konkrete sag. I særdeleshed vil de måske skulle afkortes, hvis der er stor risiko for en forringelse af rentabiliteten af den virksomhed, der skal afhændes, i løbet af denne overgangsperiode.
99. Afhændelsesfristerne begynder normalt at løbe på den dag, hvor Kommissionen vedtager sin beslutning i sagen. Der kan gøres en undtagelse fra denne regel, hvis der er tale om et offentligt overtagelsestilbud, og afhændelsestilsagnet drejer sig om en virksomhed tilhørende den overtagne virksomhed. Hvis parterne i en sådan situation ikke kan arrangere en afhændelse, før fusionen er gennemført, vil Kommissionen muligvis acceptere, at fristerne for afhændelsen først begynder at løbe på den dag, hvor fusionen er gennemført. En sådan løsning kan også komme på tale, hvis parterne ikke har nogen indflydelse på, hvornår fusionen gennemføres, f.eks. hvis der kræves en godkendelse fra en statslig instans ⁽¹⁾. Derimod vil der kunne blive tale om en afkorte af fristerne, hvis det skønnes nødvendigt for at afkorte en usikker situation for den virksomhed, der skal afhændes.
100. De ovennævnte retningslinjer gælder i situationer med en *up-front*-køber, men ikke for *fix-it-first*-løsninger. Normalt vil der i disse tilfælde allerede være blevet indgået en bindende aftale med en køber under sagsbehandlingen, således at der efter beslutningens vedtagelse kun er brug for at afsætte en vis tid til transaktionens gennemførelse. Hvis der forud for beslutningens vedtagelse kun er indgået en rammeaftale med køberen, vil fristerne for indgåelse af en endelig aftale og selve transaktionens gennemførelse skulle fastsættes fra sag til sag ⁽²⁾.

2. Godkendelse af køber og købsaftale

101. For at sikre, at tilsagnene bliver opfyldt, kan afhændelse til en foreslået køber kun ske med Kommissionens forudgående godkendelse. Hvis parterne (eller den trustee, der forestår afhændelsen) har indgået en endelig aftale med en køber, skal de forelægge Kommissionen et begrundet og dokumenteret forslag. Parterne eller trustee vil skulle godtgøre over for Kommissionen, at den foreslåede køber opfylder kravene til en egnet køber, og at afhændelsen foregår på en måde, der stemmer overens med kommissionsbeslutningen og tilsagnene. Åbner tilsagnene mulighed for flere købere til forskellige dele af afhændelsespakken, vil Kommissionen tage stilling til, om den enkelte foreslåede køber kan accepteres, og vurdere, om den samlede afhændelsespakke løser konkurrenceproblemerne.

⁽¹⁾ Også i disse situationer bør fristerne for opfyldelse af andre dele af tilsagnet, især hvad angår sikring af den frasolgte virksomheds rentabilitet i overgangsperioden, begynde at løbe på datoen for beslutningens vedtagelse.

⁽²⁾ Se beslutning af 20. april 2006 i sag COMP/M.3916 — T-Mobile Austria/tele.ring.

102. Ved vurderingen af enhver foreslået køber vil Kommissionen fortolke kravene til en egnet køber i lyset af formålet med tilsagnene — en øjeblikkelig genoprettelse af en effektiv konkurrence på det marked, hvor der er påvist konkurrenceproblemer — og i lyset af markedsforholdene som beskrevet i den beslutning, den har truffet i sagen ⁽¹⁾. Generelt vil Kommissionen foretage denne vurdering af køberen på grundlag af, hvad parterne har anført i deres forslag, trustees vurdering og især drøftelser med den foreslåede køber og dennes forretningsplan. Kommissionen vil desuden se på, om køberens underliggende antagelser forekommer plausible i forhold til markedsforholdene.
103. Kravet om, at køberen skal være i besiddelse af de fornødne finansielle ressourcer, drejer sig i særdeleshed om den måde, hvorpå den foreslåede køber vil finansiere købet. Kommissionen vil normalt ikke acceptere nogen form for finansiering fra sælgers side og i særdeleshed ingen sælgerfinansiering, der ville give sælger en andel af det fremtidige overskud i den afhændede virksomhed.
104. Ved afgørelsen af, om en afhændelse til den foreslåede køber vil kunne skabe konkurrenceproblemer, vil Kommissionen foretage en umiddelbar vurdering i lyset af de oplysninger, den råder over i forbindelse med godkendelsen af køberen. Hvis afhændelsen vil resultere i en fusion med fællesskabsdimension, vil denne nye fusion skulle anmeldes efter fusionsforordningen og godkendes efter de normale regler ⁽²⁾. Er det ikke tilfældet, har Kommissionens godkendelse af den foreslåede køber ingen indvirkning på de nationale myndigheders jurisdiktion i sagen. Det er desuden et krav, at den foreslåede køber kan ventes at kunne opnå alle andre nødvendige godkendelser fra de relevante nationale myndigheder. Hvis det ud fra de oplysninger, Kommissionen råder over, må antages, at vanskeligheder ved at opnå godkendelse af fusionen eller andre godkendelser vil forsinke tilsagnetes rettidige opfyldelse, vil den foreslåede køber blive anset for ikke at opfylde kravene til en egnet køber. For i så fald ville de konkurrenceproblemer, Kommissionen har påvist, ikke blive løst inden for en rimelig frist.
105. Kravet om kommissionsgodkendelse gælder normalt ikke kun køberens identitet, men også købsaftalen og enhver anden aftale, parterne og den foreslåede køber måtte indgå, herunder også overgangs-aftaler. Kommissionen vil se på, om disse aftaler stemmer overens med tilsagnene ⁽³⁾.
106. Kommissionen vil meddele parterne, om den finder den foreslåede køber egnet. Hvis Kommissionen drager den konklusion, at den foreslåede køber ikke opfylder kravene, vil den vedtage en beslutning om, at den foreslåede køber ikke er en køber i overensstemmelse med tilsagnene ⁽⁴⁾. Hvis Kommissionen finder, at købsaftalen (eller dertil knyttede aftaler) ikke vil resultere i en afhændelse, der stemmer overens med tilsagnene, vil den meddele parterne dette uden nødvendigvis dermed at forkaste den pågældende køber. Hvis Kommissionen finder køberen egnet i overensstemmelse med tilsagnene, vil den godkende, at virksomheden afhændes til den foreslåede køber ⁽⁵⁾. Kommissionen vil træffe disse afgørelser så hurtigt som muligt.

3. Parternes forpligtelser i overgangsperioden

107. Parterne har visse forpligtelser i overgangsperioden (som beskrevet ovenfor under punkt 36). I den forbindelse bør tilsagn normalt indeholde: i) garantier for bevarelse af den afhændede virksomheds rentabilitet i overgangsperioden, ii) nærmere bestemmelser om, hvordan eventuel udskillelse skal foregå, og iii) hvordan virksomhedens afhændelse skal forberedes.

⁽¹⁾ Se Førsteinstansrettens dom i sag T-342/00, *Petrolescence mod Kommissionen*, Sml. 2003 II, s. 1161.

⁽²⁾ Beslutning af 29. september 1999 i sag IV/M.1383 — Exxon/Mobil, og de efterfølgende beslutninger af 2. februar 2000 i sag COMP/M.1820 — BP/JV Dissolution og sag COMP/M.1822 — Mobil/JV Dissolution.

⁽³⁾ Som nævnt ovenfor kan parterne anmode Kommissionen om at godkende, at den virksomhed, der skal frasælges, afhændes til den foreslåede køber uden et eller flere aktiver eller medarbejdere, hvis det ikke går ud over virksomhedens rentabilitet og konkurrencedygtighed efter afhændelsen, og under hensyn til den foreslåede købers ressourcer.

⁽⁴⁾ Beslutning af 9. februar 2000 i sag COMP/M.1628 — TotalFina/Elf om tankstationer på motorveje, stadfæstet af Førsteinstansretten i dom i sag T-342/00, *Petrolescence mod Kommissionen*, Sml. 2003 II, s. 1161.

⁽⁵⁾ Alt efter omstændighederne ved afhændelsen vil parterne måske også — f.eks. gennem klausuler herom i købsaftalen — skulle skabe sikkerhed for, at køberen vil bevare den frasolgte virksomhed som en aktiv konkurrencefaktor på markedet og ikke sælge den igen efter kort tid.

Bevarelse af den afhændede virksomhed i overgangsperioden

108. Det er parternes ansvar at reducere den eventuelle risiko for, at den afhændede virksomhed mister noget af sin konkurrencedygtighed som følge af usikkerhed i forbindelse med overdragelsen. Kommissionen vil kræve, at parterne afgiver tilsagn om at bevare virksomhedens uafhængighed, økonomiske rentabilitet, salgbarhed og konkurrencedygtighed, indtil virksomheden er overgået til køberen. Sådanne tilsagn er en forudsætning for, at Kommissionen med den krævede grad af sikkerhed kan drage den konklusion, at afhændelsen vil blive gennemført på den måde, som parterne har givet tilsagn om.
109. Generelt skal disse tilsagn være udformet således, at afhændelsespakken holdes adskilt fra den virksomhed, parterne beholder, og således at det sikres, at den administreres som en særskilt og salgbar virksomhed med dens egne interesser for øje, med henblik på at sikre dens fortsatte rentabilitet, salgbarhed og konkurrencedygtighed samt dens uafhængighed af den virksomhed, som parterne beholder.
110. Parterne skal sikre, at alle de materielle og immaterielle aktiver i afhændelsespakken bevares i overensstemmelse med god forretningsskik og som led i den daglige drift, og afstå fra enhver handling, der kan skade den virksomhed, der afhændes. Det drejer sig især om bevarelse af anlægsaktiver, knowhow eller forretningsoplysninger, der er fortrolige eller angår industriel ejendomsret, kundeunderlaget samt medarbejdernes tekniske og faglige kvalifikationer. Endvidere skal parterne opretholde afhændelsespakken i samme stand som før fusionen og i særdeleshed tilføre den tilstrækkelige ressourcer i form af f.eks. kapital eller kreditlinjer og videreføre de eksisterende forretningsplaner og bevare de samme administrative funktioner og ledelsesfunktioner eller andre funktioner, der er relevante for bevarelsen af konkurrencen i den konkrete branche. Det skal tillige fremgå af tilsagnene, at parterne vil træffe enhver rimelig foranstaltning, bl.a. i form af incitamenter, til at tilskynde alle nøglemedarbejdere til at forblive i virksomheden, og ikke vil søge at hverve disse medarbejdere til sig selv eller flytte dem til den virksomhed, de bevarer.
111. Parterne skal desuden holde afhændelsespakken adskilt fra den virksomhed, de bevarer, og sikre, at nøglemedarbejderne i den virksomhed, der skal afhændes, ikke har nogen funktion i den virksomhed, de bevarer, og omvendt. Hvis afhændelsespakken består af en virksomhed i selskabsform, og det er nødvendigt at foretage en streng adskillelse af selskabsstrukturen, skal parternes rettigheder som aktionærer, især deres stemmerettigheder, udøves af en tilsynsførende trustee, som også skal have beføjelse til at udskifte bestyrelsesmedlemmer, der repræsenterer parterne. Parterne skal desuden blokere for enhver informationsudstrømning fra den virksomhed, der skal afhændes, og træffe enhver nødvendig foranstaltning for at sikre, at parterne ikke kan få indsigt i forretningshemmeligheder eller andre fortrolige oplysninger. Ethvert fortroligt dokument og enhver fortrolig oplysning, som parterne kom i besiddelse af, før beslutningen om fusionen blev vedtaget, skal tilbageleveres til virksomheden eller destrueres.
112. Endvidere vil det normalt blive krævet, at parterne udnævner en person — en *hold-separate manager* — der har de fornødne kvalifikationer, og som skal have ansvaret for driften af den virksomhed, der skal afhændes, og for, at den holdes adskilt fra den virksomhed, parterne bevarer, samt for, at informationsudstrømningen blokeres. Den pågældende person skal handle under den tilsynsførende trustees opsyn og følge dennes instrukser. Tilsagnene skal indeholde bestemmelse om, at denne person udpeges umiddelbart efter kommissionens beslutningens vedtagelse, og før parterne må gennemføre deres fusion. Parterne har ret til selv at udpege en *hold-separate manager*, men tilsagnene skal indeholde bestemmelse om, at den tilsynsførende trustee kan afsætte vedkommende, hvis han eller hun ikke handler i overensstemmelse med tilsagnene eller bringer deres rettidige og effektive opfyldelse i fare. Enhver ny udpegelse af en *hold-separate manager* vil skulle godkendes af den tilsynsførende trustee.

Skridt til udskillelse af afhændelsespakken

113. Som beskrevet ovenfor under punkt 0 vil Kommissionen under visse omstændigheder kunne acceptere en løsning gående ud på, at bestemte aktiviteter udskilles fra den virksomhed, parterne beholder. Men også i disse tilfælde er det kun, når en rentabel virksomhed er afhændet til en køber, der kan bevare og videreudvikle denne virksomhed som en aktiv konkurrent på markedet, at Kommissionen vil kunne anse konkurrenceproblemerne for at være løst. Parterne skal derfor indgå en resultatorienteret

forpligtelse til i overgangsperioden at udskille de aktiver, der er nødvendige for virksomhedens drift. Resultatet skal være, at det er en rentabel og konkurrencedygtig virksomhed, som fungerer selvstændigt og er adskilt fra parternes øvrige virksomhed, der afhændes til en egnet køber ved overgangsperiodens udløb. Det er parterne, der bærer omkostninger og risici ved en sådan udskillelse i overgangsperioden.

114. Udskillelsen skal foretages af parterne under opsyn af en trustee og i samarbejde med *hold-separate manager*. De aktiver og medarbejdere, som er fælles for den virksomhed, der skal afhændes, og den virksomhed, parterne beholder, skal først fordeles mellem dem i det omfang, hvor andet ikke er bestemt i tilsagnene ⁽¹⁾. Fordelingen af aktiver og medarbejdere foregår under opsyn af trustee og skal godkendes af denne. Dernæst kan udskillelsesprocessen også kræve en dublering af aktiver og funktioner, således at den virksomhed, der skal afhændes, får tilført nye aktiver eller nye medarbejdere i stedet for aktiver eller medarbejdere, som bevares i den virksomhed, parterne beholder, hvis dette er nødvendigt for at sikre dens rentabilitet og konkurrencedygtighed. Et eksempel herpå kan være, at virksomhedens deltagelse i et centralt it-netværk ophører, og at den får installeret sit eget it-system. Generelt skal alle væsentlige skridt, der tages i denne udskillelsesproces, og de funktioner, der skal dubleres, fastlægges i den konkrete sag og være omhandlet i tilsagnene.
115. Det må samtidig sikres, at virksomhedens rentabilitet ikke bliver berørt heraf. I overgangsperioden skal parterne derfor fortsat lade den virksomhed, der skal afhændes, bruge de fælles aktiver og levere tjenester til den i samme omfang som hidtil, så længe virksomheden endnu ikke kan klare sig på egen hånd.

Parternes særlige forpligtelser i forbindelse med afhændelsesprocessen

116. Med henblik på selve afhændelsesprocessen bør tilsagnene indeholde bestemmelse om, at potentielle købere skal kunne gennemføre *due diligence*-undersøgelser og alt efter det konkrete stadium i denne proces få tilstrækkelige oplysninger om den virksomhed, der søges afhændet, til at give dem fuldt overblik over dens værdi, omfang og forretningspotentiale, og de skal have direkte adgang til dens medarbejdere. Parterne skal desuden fremlægge periodiske rapporter om potentielle købere og udviklingen i forhandlingerne. Afhændelsen er først gennemført, når transaktionen er afsluttet, dvs. når ejendomsretten er overgået til en godkendt køber, og aktiverne reelt er overført til denne. Ved processens afslutning skal parterne fremlægge en endelig rapport til bekræftelse af, at transaktionen er afsluttet og aktiverne overført.

4. Tilsynsførende trustee og afhændelsestrustee

Tilsynsførende trustees rolle

117. Da Kommissionen ikke til daglig kan deltage direkte i tilsynet med, om parterne overholder deres tilsagn, skal parterne foreslå, at der udpeges en trustee til at føre tilsyn med deres overholdelse af tilsagnene — en såkaldt tilsynsførende trustee. Denne trustee er garantien for, at parterne vil overholde deres tilsagn, og Kommissionens sikkerhed for, at de af parterne foreslåede ændringer i den anmeldte fusion vil blive gennemført.
118. Den tilsynsførende trustee skal varetage sine opgaver under Kommissionens opsyn og skal fungere som Kommissionens »øjne og ører«. Trustee er garanten for, at den virksomhed, der skal afhændes, drives og bevares som en uafhængig virksomhed i overgangsperioden. Kommissionen vil derfor kunne give trustee enhver ordre eller instruks, der kan sikre, at tilsagnene overholdes, og trustee kan foreslå parterne enhver foranstaltning, han eller hun finder nødvendig for varetagelsen af sine opgaver. Parterne kan derimod ikke give trustee nogen instruks uden Kommissionens godkendelse.

⁽¹⁾ Se punkt 26 ovenfor med hensyn til spørgsmålet om, hvordan fælles aktiver skal behandles i tilsagnene.

119. Den tilsynsførende trustees opgaver skal normalt fastlægges i tilsagnene. Trustees opgaver og pligter angives mere detaljeret i en fuldmagt, der undertegnes mellem parterne og trustee, og de konkrete opgaver specificeres yderligere i en arbejdsplan. Trustee træder normalt i funktion umiddelbart efter vedtagelsen af kommissionsbeslutningen, og trustees opgave afsluttes først, når den virksomhed, der skal afhændes, både juridisk og reelt er overgået til en godkendt køber. Blandt de opgaver, der skal varetages af trustee under Kommissionens opsyn, er de fem vigtigste:
- for det første skal den tilsynsførende trustee overvåge implementeringen af garantierne for bevarelsen af den virksomhed, der skal afhændes
 - er der tale om udskillelse af aktiver og medarbejdere, skal trustee for det andet overvåge, hvordan aktiverne og medarbejderne fordeles mellem den virksomhed, der skal afhændes, og den virksomhed, som parterne beholder, og hvordan aktiver og funktioner, der hidtil blev varetaget af parterne, dubleres
 - for det tredje skal trustee have ansvaret for tilsyn med parternes bestræbelser på at finde en potentiel køber og afhænde virksomheden. Trustee skal generelt overvåge udviklingen i afhændelsesprocessen og de potentielle købere, der deltager i denne proces. Trustee skal kontrollere, at potentielle købere informeres tilstrækkeligt om virksomheden — i særdeleshed ved at granske det eventuelle informationsmemorandum, datarummet eller *due diligence*-processen. Når der er foreslået en køber, skal trustee afgive en begrundet udtalelse til Kommissionen om, hvorvidt den foreslåede køber opfylder kravene til en egnet køber, og hvorvidt virksomheden vil blive afhændet på en måde, der stemmer overens med tilsagnene. Ved afslutningen af denne proces skal trustee overvåge virksomhedens juridiske og reelle overgang til køberen og udarbejde en endelig rapport til bekræftelse af, at afhændelse har fundet sted
 - for det fjerde skal den tilsynsførende trustee fungere som kontaktperson for alle henvendelser fra tredjemand, i særdeleshed potentielle købere, i relation til tilsagnene. Parterne skal oplyste interesserede tredjeparter, herunder potentielle købere, om, hvem der er trustee, og hvad vedkommendes opgaver er. Opstår der uenighed mellem parterne og tredjeparter om spørgsmål, der er omhandlet i tilsagnene, skal trustee drøfte disse spørgsmål med begge sider og rapportere til Kommissionen. For at kunne varetage sine opgaver skal trustee behandle alle parternes og tredjeparters forretningshemmeligheder fortroligt
 - for det femte skal den tilsynsførende trustee udarbejde periodiske rapporter til Kommissionen om udviklingen i opfyldelsen af tilsagnene og eventuelle andre rapporter, som Kommissionen måtte anmode om.
120. Tilsagnene skal også indeholde en udførlig angivelse af trustees behov for støtte fra og samarbejde med parterne; også dette aspekt af forholdet mellem parterne og trustee vil Kommissionen overvåge. For at kunne varetage sine opgaver må trustee have adgang til regnskaber og optegnelser hos parterne og den virksomhed, der skal afhændes, i det omfang og så længe dette har relevans for gennemførelsen af tilsagnene, mulighed for at få ledelsesmæssig og administrativ støtte fra parterne, information om potentielle købere og enhver udvikling i afhændelsesprocessen, ligesom trustee skal have udleveret den information, der er givet til potentielle købere. Parterne skal desuden lønne trustee og give denne mulighed for eventuelt at antage rådgivere, hvis dette er nødvendigt til varetagelse af trustees opgaver i henhold til tilsagnene. Det skal desuden i tilsagnene være anført, at Kommissionen kan give trustee del i parternes oplysninger med det formål at lette trustees varetagelse af sine opgaver. Den tilsynsførende trustee har tavshedspligt angående sådanne oplysninger.

Afhændelsestrustees rolle

121. På samme måde som for den tilsynsførende trustee skal parterne foreslå udpegelse af en afhændelsestrustee, der skal sikre, at deres tilsagn gennemføres effektivt og give Kommissionen sikkerhed for, at de af parterne foreslåede ændringer i den anmeldte fusion vil blive implementeret. Lykkes det ikke parterne at finde en egnet køber inden for den første afhændelsesperiode, skal de i trustee-perioden give en trustee en uigenkaldelig og eksklusiv fuldmagt til at afhænde virksomheden, under Kommissionens opsyn, til en egnet køber inden for en nærmere fastsat frist, og uden at der er fastsat nogen mindstepris. Tilsagnene skal åbne mulighed for, at trustee i den købsaftale, der indgås, kan indføre de vilkår og betingelser, trustee finder nødvendige for et hurtigt salg, i særdeleshed bestemmelser om repræsentation, garantier og erstatninger. Trustees afhændelse af virksomheden skal forinden godkendes af Kommissionen på samme måde, som hvis det var parterne selv, der afhændede virksomheden.

122. Tilsagnene skal indeholde bestemmelse om, at parterne skal støtte og informere trustee og samarbejde med trustee på samme måde som gælder for en tilsynsførende trustee. Med henblik på afhændelsen skal parterne give trustee en fuldmagt omfattende alle stadier i afhændelsen.

Godkendelse af trustee og trustees fuldmagt

123. Alt efter tilsagnenes indhold kan tilsynsførende trustee og afhændelsestrustee være den samme. Parterne skal foreslå Kommissionen en eller flere potentielle trustees, sammen med en komplet fuldmagt og arbejdsplan. Det er vigtigt, at den tilsynsførende trustee træder i funktion straks efter vedtagelsen af Kommissionens beslutning. Parterne skal derfor foreslå en egnet trustee, så snart Kommissionen har vedtaget sin beslutning ⁽¹⁾, og tilsagnene skal normalt indeholde en bestemmelse om, at den anmeldte fusion først må gennemføres, når den tilsynsførende trustee er udpeget med Kommissionens godkendelse ⁽²⁾. Situationen er en anden med hensyn til afhændelsestrustee, der skal være udpeget i god tid inden udløbet af den første afhændelsesperiode ⁽³⁾ og træde i funktion, så snart trustee-afhændelsesperioden begynder.
124. Begge typer trustees udpeges af parterne på grundlag af en fuldmagt undertegnet af parterne og trustee. Udpegelsen og fuldmagten skal godkendes af Kommissionen, der har en skønsbeføjelse med hensyn til udvælgelsen af trustee og skal vurdere, om den foreslåede kandidat er egnet til at varetage opgaverne i den konkrete sag. Trustee skal være uafhængig af parterne, besidde de nødvendige kvalifikationer til udførelsen af sine opgaver og må ikke være eller blive impliceret i en interessekonflikt.
125. Kommissionen vil vurdere de fornødne kvalifikationer i lyset af de krav, den konkrete sag stiller, herunder geografisk område og branche. Kommissionen har erfaring for, at revisionsfirmaer og konsulentfirmaer kan være særligt egnede til at fungere som tilsynsførende trustee. Også personer, der har arbejdet i den konkrete branche, kan være egnede emner, hvis de har de fornødne ressourcer til at løse opgaverne. Til funktionen som afhændelsestrustee forekommer især investeringsbanker at være egnede. Trustees uafhængighed har afgørende betydning for, at trustee kan udfylde sin rolle med hensyn til at føre tilsyn med parternes opfyldelse af deres tilsagn på Kommissionens vegne og sikre troværdigheden over for tredjemand. Kommissionen vil i særdeleshed ikke acceptere personer eller institutioner som trustee, som samtidig er parternes revisorer eller investeringsrådgivere i forbindelse med afhændelsen. At trustee har visse relationer til parterne, anses dog ikke for at give anledning til en interessekonflikt, hvis disse relationer ikke vil påvirke trustees objektivitet og uafhængighed i udførelsen af trustees opgaver. Det er parternes ansvar at give Kommissionen tilstrækkelige oplysninger til, at den kan kontrollere, at trustee opfylder kravene. Når trustee er udnævnt med parternes godkendelse, er denne udnævnelse uigenkaldelig, medmindre trustee skiftes ud med en anden med Kommissionens godkendelse eller efter dennes anmodning.
126. Trustees fuldmagt skal indeholde en nærmere definition af de opgaver, der er fastlagt i tilsagnene, og indeholde alle bestemmelser, der er nødvendige for at sætte trustee i stand til at varetage sine opgaver i henhold til de af Kommissionen accepterede tilsagn. Det er parterne, der har ansvaret for aflønningen af trustee i henhold til fuldmagten, og dette vederlag skal have en sådan form, at det ikke hæmmer trustees uafhængighed og effektive varetagelse af sine opgaver. Kommissionen vil kun godkende en trustee med en passende fuldmagt. Når det er relevant, vil den offentliggøre, hvem der er udpeget som trustee, og hvad dennes opgaver består i.
127. Når de tilsagn, hvis opfyldelse trustee har fået til opgave at overvåge, er blevet implementeret — dvs. når ejendomsretten er overgået til køber, aktiverne reelt er overført til køber, og de forskellige arrangementer, der eventuelt fortsætter med at bestå i en tid efter afhændelsen, er gennemført — skal trustee som fastsat i fuldmagten anmode Kommissionen om at blive løst fra sit hverv. Selv efter at trustee er blevet løst fra sit hverv, kan det blive nødvendigt for Kommissionen at kræve trustee genudpeget på grundlag af tilsagnene, hvis den senere finder, at de relevante tilsagn muligvis ikke er blevet fuldt opfyldt.

⁽¹⁾ Det skal normalt være fastsat i tilsagnene, at en tilsynsførende trustee skal foreslås højst to uger efter beslutningsdatoen.

⁽²⁾ Se beslutning af 14. november 2006 i sag COMP/M.4180 — GdF/Suez; beslutning af 12. december 2006 i sag COMP/M.4187 — Metso/Aker Kvaerner; beslutning af 20. april 2006 i sag COMP/M.3916 — T-Mobile Austria/tele.ring.

⁽³⁾ Kommissionen vil normalt kræve, at denne trustee er udpeget mindst en måned før den første afhændelsesperiodes udløb.

5. Parternes forpligtelser efter afhændelsen

128. Tilsagnene skal også indeholde en bestemmelse om, at Kommissionen i 10 år efter vedtagelsen af beslutningen om accept af tilsagnene kan forlange oplysninger fra parterne. Formålet hermed er at sætte Kommissionen i stand til at overvåge den effektive implementering af den accepterede løsning.

6. Implementering af andre typer tilsagn

129. Mange af de ovennævnte principper for implementering af afhændelsestilsagn gælder på samme måde for andre typer tilsagn, hvis disse tilsagn skal implementeres, efter at Kommissionen har vedtaget sin beslutning. Hvis en licenstag f.eks. skal godkendes af Kommissionen, kan de principper, der gælder for godkendelse af en egnet køber, også finde anvendelse. I betragtning af de mange forskellige typer andre tilsagn, der kan være tale om, kan der ikke siges noget generelt og udførligt om, hvad der kræves til implementering af andre tilsagn end afhændelsestilsagn.
130. Da sådanne tilsagn typisk er af lang varighed og ofte ret komplekse, kræver de imidlertid ofte en betydelig overvågningsindsats og særlige overvågningsredskaber, hvis Kommissionen skal kunne drage den konklusion, at de vil blive effektivt implementeret. Kommissionen vil derfor ofte kræve, at der udpeges en trustee til at overvåge implementeringen af sådanne tilsagn, og at der indføres en hurtig voldgifts-procedure til løsning af tvister og sikre, at markedsaktørerne selv vil kunne gennemtvinge en opfyldelse af tilsagnene. I tidligere sager har Kommissionen ofte krævet såvel udpegelse af en trustee som en voldgiftsklausul⁽¹⁾. I disse situationer vil trustee overvåge tilsagnenes implementering, men vil også være i stand til at bistå i voldgiftssager og bidrage til en hurtig afgørelse af dem.

⁽¹⁾ Som eksempel på en sådan kombination af overvågning gennem en trustee og via en voldgiftsklausul kan nævnes beslutning af 10. juli 2002 i sag COMP/M.2803 — Telia/Sonera; beslutning af 2. september 2003 i sag COMP/M.3083 — GE/Instrumentarium; beslutning af 29. september 2003 i sag COMP/M.3225 — Alcan/Pechiney II.